



**FACULDADE DE DIREITO**  
Universidade de Lisboa

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS SOB O  
ENFOQUE DA PROPORCIONALIDADE EM SUAS VERTENTES DA  
PROIBIÇÃO DE EXCESSO E PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE

CURSO DE MESTRADO CIENTÍFICO – ÁREA DE CIÊNCIAS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS

MESTRANDO: AURELIANO REBOUÇAS JÚNIOR

ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR DAVID DUARTE

Lisboa

2019



**FACULDADE DE DIREITO**  
Universidade de Lisboa

# O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS SOB O ENFOQUE DA PROPORCIONALIDADE EM SUAS VERTENTES DA PROIBIÇÃO DE EXCESSO E PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE

CURSO DE MESTRADO CIENTÍFICO – ÁREA DE CIÊNCIAS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS

Dissertação apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como requisito parcial para obtenção do título de mestre em ciências jurídico-constitucionais, sob a orientação do Professor Doutor David Duarte.

Lisboa

2019

*Para meus pais, Aureliano Rebouças e  
Benedita de Carvalho Rebouças.*

*Aos meus sobrinhos Josué, Rafael,  
Beatriz e Sara, e minhas irmãs  
Cristiane e Viviane.*

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço aos Professores Doutores David Duarte, Miguel Assis Raimundo e Luís Pereira Coutinho, pelo acolhimento na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, e por todo o rico saber compartilhado ao longo do período de pesquisa, estudos e seminários. Ao Professor Doutor David Duarte, agradeço ainda de modo especial a dedicação e paciência, pela cordialidade e segura orientação na presente dissertação.

Um agradecimento aos colegas e amigos Pedro Moreira, António Lisboa, Fábio, Bruno e Marcelo, pelo apoio incondicional durante o ano letivo, bem como, em fase de pesquisas, pela constante união, sempre com o mesmo fim.

Aos meus pais, pelo apoio, compreensão e total dedicação durante o período de minha ausência, diante de tantas dificuldades, sempre foram e serão meu porto seguro. Meu muito obrigado com todo carinho.

Agradeço também a toda minha família, em especial minhas irmãs Cristiane e Viviane e meu cunhado Lucena, Juiz de Direito que honra a sua toga, pelas preciosas lições.

Registro também meu agradecimento a minha amiga Rafaela Pacheco, por todo apoio durante este período. Fica o meu muito obrigado por tudo.

Por fim, sempre agradecendo ao senhor Deus por todas as bênçãos em minha vida.

## **ABREVIATURAS UTILIZADAS**

Ac.	Acórdão
ADC	Ação declaratória de constitucionalidade
ADI	Ação direta de inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de descumprimento de preceito fundamental
Art.	Artigo
CN	Congresso Nacional
CF	Constituição Federal
CPB	Código Penal Brasileiro
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
HC	Habeas corpus
MP	Ministério Público
MS	Mandado de segurança
ONU	Organização das Nações Unidas
RE	Recurso extraordinário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal

## RESUMO

Com a evolução da concepção de Estado Democrático e Social de Direito e o avanço do constitucionalismo, os direitos fundamentais superaram aquele velho paradigma do período iluminista em que foram idealizados apenas com a preocupação de evitar abusos do Estado. O reconhecimento da necessidade de uma atuação também positiva do poder público, adequada às exigências da sociedade moderna, no que tange à proteção dos bens é uma diretriz inarredável nesta nova sistemática. Na esfera do Direito Penal, esta evolução revela-se ainda mais sensível e relevante, dada a percepção de que ao Estado toca a missão inescusável de se valer dos meios repressivos e preventivos que se mostrem necessários à tutela dos direitos e liberdades dos cidadãos, aí incluídos os de cunho prestacional, merecendo uma releitura a versão do garantismo negativo, de modo a permitir uma compreensão em sua plenitude como uma garantismo integral. O reconhecimento da existência dos deveres de proteção do Estado e dos mandados constitucionais de criminalização restringe o âmbito de discricionariedade do legislador, sujeitando suas ações e/ou omissões a um rígido controle jurisdicional de constitucionalidade. Portanto, ao legislador se impõe, diante de uma série de comportamentos reprováveis, realizar uma seleção dos bens jurídicos que merecem a proteção do Direito Penal de acordo com os ditames balizadores da Constituição e o contexto fático-social, sendo destacado no presente trabalho o cenário brasileiro de insegurança pública. É neste ponto que a proporcionalidade, enquanto parâmetro norteador da atuação dos poderes constituídos, assume papel de destaque no controle de constitucionalidade. O presente trabalho tem como objetivo geral analisar a proporcionalidade, enquanto instrumento a ser utilizado no controle de constitucionalidade das leis penais, como um princípio que confere integridade ao ordenamento jurídico, seu exame deve ser realizado em suas duas vertentes, de modo a atender as exigências da proibição de excesso e da proibição de proteção deficiente, não de maneira isolada, mas sim numa relação de interseção e equilíbrio.

**PALAVRAS-CHAVES:** Estado Democrático e Social de Direito. Controle de constitucionalidade. Direito Penal. Proporcionalidade. Proibição de excesso e proibição de proteção deficiente.

## ABSTRACT

With the evolution of the concept of Democratic and Social State of Law and the advancement of constitutionalism, fundamental rights overcame that old paradigm of the Enlightenment period in which they were idealized with the primary concern of avoiding State abuses. The acknowledgment of the need for a positive performance of public power, adequate to the demands of modern society, with regard to the protection of property is an ingrained guideline in this new system. In the area of criminal law, these developments are even more sensitive and relevant given the perception that the State has an inexcusable mission to use the repressive and preventive means that are necessary to safeguard the rights and freedoms of citizens, including those of a performance nature, the version of the negative guarantee being deserving a re-reading, in order to allow an understanding in its fullness as an integral garantism. The recognition of the existence of the duties of protection of the State and constitutional mandates of criminalization restricts the scope of discretion of the legislator, subjecting their actions and/or omissions to a rigid judicial control of constitutionality. Therefore, the legislator imposes, in the face of a series of reprehensible behaviors, to make a selection of the juridical goods that deserve the protection of Criminal Law in accordance with the dictates dictating the Constitution and the phatic-social context, being highlighted in the present work the scenario of public insecurity. It is at this point that proportionality, as guiding parameter of the performance of the constituted powers, assumes a prominent role in the control of constitutionality. The present work has as general objective to analyze proportionality, as an instrument to be used in the control of the constitutionality of criminal laws, as a principle that confers integrity to the legal system, its examination must be carried out in its two strands, in order to meet the requirements of the prohibition of excess and of the prohibition of deficient protection, not in an isolated way, but in a relation of intersection and equilibrium.

**KEYWORDS:** Democratic and Social State of Law. Control of constitutionality. Criminal Law. Proportionality. Prohibition of excess and prohibition of poor protection.

## ÍNDICE

Introdução.....	1
1. Considerações iniciais sobre o controle de constitucionalidade no Brasil.....	4
1.1 Escorço histórico .....	4
1.2 Uma breve análise da influência de outros importantes modelos de controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.....	8
1.2.1 Estados Unidos .....	8
1.2.2 Áustria.....	11
1.2.3 Portugal .....	13
1.3 Aspectos gerais.....	14
1.4 A inconstitucionalidade decorrente de ação ou omissão do Poder Legislativo .....	17
1.4.1 Mecanismos de controle.....	18
2. Os desafios do Direito Penal no atual contexto brasileiro.....	23
2.1 A base principiológica do Direito Penal .....	24
2.1.1 Princípio da legalidade.....	26
2.1.2 Princípio da lesividade .....	29
2.1.3 Princípio da intervenção mínima do Direito Penal.....	32
2.1.4 Princípio da individualização da pena .....	34
2.1.5 Princípio da culpabilidade.....	37
2.2 A “sociedade do medo” e a expansão da criminalidade organizada .....	38
2.3 Do direito fundamental à segurança pública.....	44
2.4 O Estado Democrático e Social de Direito e a missão pacificadora do Poder Público ..	50
3. Do princípio da Proporcionalidade .....	54
3.1 Conceito e origens .....	58
3.2 Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.....	64
3.3 Proibição de excesso.....	67
3.4 Proibição de proteção deficiente .....	70
3.4.1 Os deveres de proteção do Estado .....	74
3.4.2 Garantismo positivo .....	76
3.4.3 Mandados constitucionais de criminalização .....	81
4. Uma nova análise do controle de constitucionalidade das leis penais através da proporcionalidade .....	84
4.1 A importância da proporcionalidade na produção normativa penal.....	88



4.2 A omissão do legislador como conduta configuradora de uma violação ao dever constitucional de agir.....	93
4.3 A visão unilateral da proporcionalidade sob o prisma da proibição de excesso .....	101
4.4 O necessário contrapeso da proibição de proteção deficiente no controle de constitucionalidade.....	106
Considerações Finais.....	115
BIBLIOGRAFIA .....	119
JURISPRUDÊNCIA .....	127
Sítios Eletrônicos .....	128

## Introdução

Na configuração de um Estado Democrático e Social de Direito, a Constituição, enquanto norma fundamental e suprema, desponta como o pilar de sustentação de todo o ordenamento jurídico, vez que todas as demais leis e atos normativos devem obediência às suas disposições. A salvaguarda desta supremacia, entretanto, depende da existência de mecanismos eficazes e eficientes de controle de constitucionalidade.

Clarividente, portanto, que a legislação penal, assim como os demais diplomas normativos, deve estar em consonância com os preceitos constitucionais. Neste particular, entretanto, a relevância e a imprescindibilidade do controle de conformidade com os ditames da Constituição na seara do Direito Penal sobreleva, em virtude deste ramo do direito consubstanciar-se no que se denomina *ultima ratio* do arcabouço normativo. Com efeito, cabe às normas penais a missão de proteger os bens jurídicos mais caros à sociedade, para o que é dado ao legislador lançar mão de tipos penais incriminadores e da respectiva imposição de sanções que afetam a liberdade do indivíduo infrator, como forma de alcançar seus objetivos, dentre os quais o fim último, que é a pacificação social.

O controle social exercido pelo Direito Penal constitui condição básica da vida social, determinando os limites da liberdade humana, bem como assegurando o cumprimento das expectativas de condutas e os interesses contidos nas normas que regem a convivência<sup>1</sup>. Ao legislador se impõe, diante de uma série de comportamentos reprováveis, realizar uma filtragem, fixando-se naqueles cuja ocorrência traz maior dano social. Pressupõe-se, portanto, que o critério balizador para a tipificação de determinada conduta deve se harmonizar com a relevância atribuída pela sociedade a determinados bens jurídicos em dado momento histórico. Assim é que o legislador, ao criminalizar uma conduta, reconhece a dignidade penal de determinado bem jurídico e a necessidade de sua proteção criminal. É neste ponto que a proporcionalidade, enquanto parâmetro norteador da atuação dos poderes constituídos, assume papel relevante no controle de constitucionalidade das leis penais.

Ocorre que o controle de constitucionalidade, quando exercido mediante a aferição da proporcionalidade da norma penal, não pode ficar adstrito a uma visão míope, ligada a um garantismo penal dito monocular, porque estreita e prevalentemente preocupado tão só com a proibição de excesso. Este entendimento está atrelado a uma leitura unilateral — e, portanto,

---

<sup>1</sup>CONDE, Francisco Muñoz y ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal – Parte general* – 2ª Edición, revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995, Editora Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 1996, p.62.

incompleta, imperfeita — da proporcionalidade, quando, na verdade, o controle de constitucionalidade das leis penais deve considerá-la em suas duas vertentes, igualmente importantes, isto é, não só pelo viés da proibição de excesso, mas também pelo da proibição de proteção deficiente.

Cumprir destacar que os direitos fundamentais foram idealizados, num primeiro momento, para proteger o cidadão contra os abusos do Estado autoritário, porém, este pensamento liberal, talhado sob a perspectiva da necessidade de uma atuação negativa do Estado, cedeu espaço em face do reconhecimento da necessidade de uma atuação também positiva do poder público, adequada às exigências da sociedade moderna, no que tange à proteção dos bens que, em sua ambiência, são considerados juridicamente relevantes.

Diante deste contexto, o estudo do tema deste trabalho se apresenta de especial relevo, considerando o dever do Estado de proteger, de forma adequada, eficaz e eficiente, os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal, bem como os desafios que se colocam no caminho desta missão e a necessidade de que a atuação legislativa e a jurisdicional cooperem com tal finalidade, e não se mostrem como entraves adicionais à consecução de tal fim.

Nesta ordem de ideias, a investigação abordará, em linhas gerais, no capítulo 1, os aspectos mais relevantes do controle de constitucionalidade brasileiro, perpassando pelo seu surgimento e respectivas influências estrangeiras até a sua configuração atual. Serão analisados também os mecanismos de fiscalização de constitucionalidade previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Já no capítulo 2, serão analisados os princípios fundamentais penais que repercutem mais diretamente sobre a constitucionalidade, ou não, das leis penais, trazendo também uma breve inserção do panorama de violência e insegurança que assola o Brasil, enquanto fator a ser levado em consideração para efeitos de política legislativa criminal, além de procurar justificar, no contexto de um Estado Democrático e Social de Direito, compreendido como uma ordem normativa na qual os direitos fundamentais estão positivados constitucionalmente, a necessidade da exigência de tutela penal de determinados direitos para que se possa resguardar o direito fundamental à segurança pública.

No capítulo 3, a proporcionalidade será analisada desde a sua origem até os seus desdobramentos hodiernos, trazendo a lume o desenvolvimento da proibição de excesso e da proibição de proteção deficiente, enquanto vertentes da proporcionalidade a serem devidamente consideradas e aplicadas no controle de constitucionalidade. Os deveres de proteção do Estado serão dissecados, analisando os problemas decorrentes da relação entre os direitos fundamentais

e a fiscalização de constitucionalidade, sob a ótica do reconhecimento de mandados constitucionais de criminalização e de uma contextualização diferenciada do garantismo penal.

Por fim, no capítulo 4, será abordada a importância do controle de constitucionalidade da legislação penal, por meio da análise da proporcionalidade. Para tanto, será levada a efeito a análise dos aspectos históricos, teóricos e práticos mais relevantes ao exame da proporcionalidade em suas vertentes da proibição de excesso e proibição de proteção deficiente em matéria penal no cenário jurídico brasileiro, levando em conta a experiência estrangeira e o atual contexto fático de insegurança generalizada que assola o país, de maneira a propor parâmetros estabelecidos a partir dos problemas diagnosticados na realidade da prática penal.

Nesse exato horizonte, e considerando as especificidades já apresentadas, o presente trabalho tem por finalidade, em suma, tecer um exame minucioso da proporcionalidade enquanto parâmetro aplicado ao exercício do controle de constitucionalidade das leis penais em sua retrocitada dupla vertente, buscando, dentro dos rigores do saber científico, colaborar para o aperfeiçoamento do conhecimento jurídico-penal, de modo a evidenciar os critérios que se mostrem adequados a evitar excessos e faltas do poder punitivo estatal.

A fim de chegar a resultados e conclusões satisfatórios, que possam, de fato, contribuir para a sistematização e melhor entendimento do objeto de estudo — fruto de reflexão a partir de incursões em obras tanto clássicas quanto alvissareiras, de autores nacionais e internacionais, sobretudo, mas não apenas, da área do Direito, bem como do estudo da legislação pertinente e de pesquisas judiciais e em sítios eletrônicos relacionados ao tema de interesse —, utilizou-se, como metodologia básica, a pesquisa bibliográfica e documental.

## **1. Considerações iniciais sobre o controle de constitucionalidade no Brasil**

O controle de constitucionalidade no Brasil passou por longo processo de evolução e amadurecimento até chegar ao patamar atual. Amalgamando influências de ordenamentos jurídicos de diferentes países, bem como absorvendo ideias que lhe conferiram peculiaridades tipicamente nacionais, o controle constitucional pátrio foi sendo esculpido e reesculpido por sucessivas constituições, no decorrer de mais de um século e meio, cabendo ainda discussões acerca de sua sistematicidade e da forma como deve ser exercido.

Numa democracia jovem e entrecortada como a brasileira, com a Carta Política atual datando de 1988, é natural que essa conformação ainda esteja ocorrendo e salutar que se fomente o debate de nível derredor dela, vez que os mecanismos de controle devem servir para sobrelevar o regime democrático, não para subvertê-lo. Face a isso, nos tópicos seguintes serão analisados a linha histórica e o conjunto de influências que deram os contornos do controle jurisdicional de constitucionalidade tal como hoje exercido no Brasil, como ponto de partida para uma melhor e mais completa compreensão tanto do que ele traduz quanto do que dele se espera.

### **1.1 Escorço histórico**

O surgimento do controle de constitucionalidade no Brasil está umbilicalmente atrelado à evolução das constituições ao longo de sua história.

A primeira Constituição Brasileira foi editada em 1824, sob a égide do “Império do Brasil”, ocasião em que foram instituídos quatro poderes: Poder Executivo, Poder Legislativo, Poder Judiciário e Poder Moderador.

Essa Constituição não permitia um controle judicial de constitucionalidade, sendo marcada por uma radical separação dos poderes, onde somente o Poder Legislativo detinha a atribuição de aferir a compatibilidade das leis com o arcabouço constitucional. O artigo 15, VIII e IX, professava que o Poder Legislativo detinha a tarefa de elaborar as leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las, bem como de velar pela guarda da Constituição.

Nessa perspectiva, a atuação do Poder Judiciário no controle de constitucionalidade representaria uma intromissão indevida na esfera de atribuição destinada ao Poder Legislativo, o que supostamente afetaria o equilíbrio entre os poderes.

Em 1891, foi promulgada a Carta Constitucional que instituiu a República e o sistema federativo, além de extinguir o Poder Moderador. A partir daí, sob uma forte influência do *judicial review* norte-americano, foi possível a realização do controle difuso de

constitucionalidade, de modo incidental, cabendo aos juízes a apreciação da legitimidade das leis em face da Constituição, independentemente de sua posição na estrutura do Poder Judiciário, mediante ação específica<sup>2</sup>.

A Constituição de 1891 conferiu, ainda, em seu artigo 59, §1º, ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar, em última instância, recursos das decisões proferidas pelas Justiças dos Estados, quando questionadas a validade ou a interpretação de tratados e leis federais, bem como quando se contestasse a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados federados, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do tribunal do estado considerasse válidos esses atos ou essas leis impugnadas.

Por sua vez, a emenda constitucional de 3, de setembro de 1926, conferiu, expressamente, a todos os tribunais, federais ou estaduais, competência para decidir sobre a constitucionalidade das leis federais, aplicando-as, ou não, no caso concreto<sup>3</sup>.

Já a Constituição de 1934 manteve o controle jurisdicional difuso de constitucionalidade e alçou a Corte Suprema brasileira a uma instância com competência originária, além da competência para julgar recursos ordinários e extraordinários.

Com o advento da Constituição de 1934, uma semente foi plantada em solo fértil para a germinação do controle concentrado de constitucionalidade. Foi introduzida a chamada representação interventiva, na qual a Suprema Corte tinha competência para apreciar, mediante provocação do Procurador-Geral da República, a constitucionalidade da lei que decretasse a intervenção federal por violação de um dos princípios constitucionais de observância obrigatória pelos Estados-membros<sup>4</sup>. E mais: estabeleceu em seu artigo 91, IV, que competia ao Senado Federal suspender a execução de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário.

Em 1937, foi outorgada a Carta Constitucional, conhecida como “Polaca”, que estabeleceu o regime autoritário do Estado Novo, sendo marcada por uma intensa concentração de poderes aos auspícios do chefe do Poder Executivo.

Esta Constituição manteve, em linhas gerais, as disposições concernentes ao controle difuso de constitucionalidade, todavia, veio recheada de novos mecanismos que realçavam o

---

<sup>2</sup>MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*, 7ª Edição, Editora Método, São Paulo, 2018, p. 975.

<sup>3</sup>VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, 3ª Edição, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2003, p. 30.

<sup>4</sup>BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, Editora Saraiva, São Paulo, 2004, p. 58.

caráter ditatorial do poder do Presidente da República, evidenciando um enfraquecimento do controle de constitucionalidade realizado pelo Poder Judiciário. Senão, vejamos o que dispunha o seu artigo 96:

Art. 96 – Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República.

Parágrafo único – No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

A previsão de requisitos por demais subjetivos, tais como “bem-estar do povo” e “interesse nacional de alta monta”, tinha por desiderato possibilitar a interferência de modo amplo do chefe do Poder Executivo em decisão tomada pelo Poder Judiciário, respaldando intervenções pautadas num livre arbítrio potestativo e pouco republicano.

Anos depois, no período em que ocorrera a redemocratização do Brasil, a Constituição de 1946 restabeleceu o controle jurisdicional de constitucionalidade, extirpando a possibilidade dos demais poderes tornarem sem efeito as decisões prolatadas pelo Judiciário. Além disso, restabeleceu a possibilidade de o Senado Federal suspender os efeitos das leis declaradas inconstitucionais pela Suprema Corte.

Porém, somente após a emenda constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, é que o controle de constitucionalidade viria a sofrer uma transformação mais significativa ao ser instituída a ação genérica de inconstitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal passou a ter competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato federal, mediante representação do Procurador-Geral da República. Tal mecanismo de controle de constitucionalidade era similar ao dos tribunais europeus, no sentido de uma fiscalização abstrata e concentrada através de uma ação direta dirigida ao Supremo Tribunal Federal<sup>5</sup>.

Outra importante disposição trazida pela emenda nº 16 foi atinente ao controle de constitucionalidade de lei municipal, ocasião em que consagrou, no seu artigo 124, XIII, norma que outorgava ao legislador a faculdade para estabelecer processo de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município em conflito com a Constituição do Estado.

---

<sup>5</sup>BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, Editora Saraiva, São Paulo, 2004, p. 59.

Por sua feita, a Constituição de 1967 não trouxe alterações significativas no panorama já descrito do controle de constitucionalidade no Brasil, mantendo a maior parte das disposições acerca do controle difuso e abstrato de constitucionalidade. Porém, importa asseverar que a emenda constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, incluiu dispositivo referente à ação direta em nível estadual nas hipóteses de intervenção do Estado em Município.

Em 1988, com o fim da ditadura militar no Brasil, foi promulgada a Constituição Cidadã, vigente até os dias atuais. Essa Carta Política manteve o sistema misto de controle de constitucionalidade, combinando os modelos por meio da via difusa e por meio da via concentrada. Todavia, trouxe um leque importante de alterações no controle jurisdicional de constitucionalidade, visando o aperfeiçoamento e a democratização da fiscalização constitucional<sup>6</sup>.

Estabeleceu-se uma ampliação do rol dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, atribuição que antes se concentrava na figura do Procurador-Geral da República e que passou a ser desempenhada por vários outros sujeitos, como o Presidente da República, Governadores de Estado, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa do Senado Federal, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Mesa de Assembléia Legislativa, Partido Político com representação no Congresso Nacional, dentre outros.

A Constituição de 1988 também ampliou os instrumentos de controle de constitucionalidade, ao introduzir a ação direta de inconstitucionalidade por omissão manejada com o escopo de realizar o controle das omissões legislativas, naqueles casos em que reste configurada uma inconstitucionalidade gerada por uma ausência de regulamentação dos dispositivos constitucionais que não possuem eficácia plena. Com esse enfoque, mas em sede de controle difuso, o artigo 5º, LXXI, instituiu o mandado de injunção.

Introduziu-se novo mecanismo de controle concentrado de constitucionalidade, a chamada arguição de descumprimento de preceito fundamental (artigo 102, § 1º), bem como se estabeleceu disposição que permite a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação de agir a um único órgão (artigo 125).

Com o advento da emenda constitucional nº 3, de 18 de março de 1993, foi criada a ação declaratória de constitucionalidade, destinada precipuamente a dirimir as controvérsias judiciais acerca constitucionalidade, ou não, de lei ou ato normativo federal.

---

<sup>6</sup>VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, 3ª Edição, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2003, p. 34.



Por derradeiro, seguindo o marco histórico evolutivo das alterações normativas da Carta de 1988, impende destacar algumas inovações trazidas pela emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que implementou uma ampliação da legitimação para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade e que criou a exigência do requisito da repercussão geral das questões constitucionais discutidas para a admissibilidade do recurso extraordinário.

Portanto, infere-se que a Carta Política de 1988 manteve inúmeras diretrizes já sedimentadas do controle difuso de constitucionalidade, notadamente no que pertine à utilização do recurso extraordinário em matéria constitucional, além de ter ampliado consideravelmente o rol de legitimados e os instrumentos do controle concentrado.

## **1.2 Uma breve análise da influência de outros importantes modelos de controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro**

Como visto no tópico anterior, o controle de constitucionalidade no Brasil foi intensamente modificado ao longo do percurso histórico de sua curta vida constitucional. Essas alterações ocorreram em meio a diferentes cenários políticos internos, mas também foram sobremaneira influenciadas pela experiência jurídica estrangeira.

Para uma melhor intelecção do tema em voga, o conhecimento da origem e da respectiva abordagem metodológica dos institutos em seu berço é importante, permitindo desvelar seu conteúdo de maneira mais coerente e científica.

Nesse sentido, mister trazer à colação uma breve inserção de alguns modelos de controle de constitucionalidade que tiveram — e ainda têm — relevante repercussão no Brasil, muito embora não seja a pretensão deste trabalho esgotar assunto de tamanha densidade.

### **1.2.1 Estados Unidos**

Primeiramente, é de bom alvitre registrar que o controle judicial de constitucionalidade das leis nos Estados Unidos foi pioneiro no cenário mundial, trazendo à tona importantes inovações que modificaram profundamente o panorama jurídico de fiscalização da constitucionalidade.

Muito embora o controle judicial de constitucionalidade não estivesse previsto expressamente na Constituição norte-americana, em 1803 a Suprema Corte reconheceu, pela primeira, vez sua competência para declarar inválidos atos legislativos em desacordo com a Constituição, no célebre caso *Marbury v. Madison*. Um dos grandes expoentes deste caso foi

justamente o juiz da Suprema Corte John Marshall. Para Beard<sup>7</sup>, Marshall não era um “filósofo de armário”, ignorante das condições em que a Constituição fora moldada e da razão e espírito desse instrumento, “que primeiro se revelou como um banco supremo e alicerce da doutrina de que o controle judicial de constitucionalidade sobre a legislação estava implícito nas disposições da Constituição Federal”. Aqueles que sustentam que os autores da Constituição norte-americana não pretendiam estabelecer um controle judicial de constitucionalidade sobre as leis, por vezes, afirmam que Marshall fez a doutrina “de pano inteiro” e não tinha precedentes ou autoridade para orientá-lo. Tal ilação está equivocada, conforme demonstraremos a seguir.

É verdade que foi Marshall quem primeiro declarou, formalmente, um ato do Congresso inconstitucional, mas alguns outros casos emblemáticos não devem ser ignorados, como o caso *Hylton v. United States*, no qual a Suprema Corte exerceu a prerrogativa de discutir a constitucionalidade de um ato do Congresso que determinava um dever tributário sobre as carruagens. Em 1792, no caso da *Hayburn*, os juízes federais haviam se recusado a executar um estatuto que eles consideravam ser inconstitucional. Já em 1794, no caso *Glass v. The Sloop Betsey*, a Suprema Corte também deu sinais de que a doutrina do controle judicial de constitucionalidade seria uma vertente a ser seguida. Portanto, resta demonstrado que o controle judicial de constitucionalidade já era ventilado nos tribunais estadunidenses ao longo do período compreendido entre a formação da Constituição e o ano de 1803, quando Marshall decidiu o caso *Marbury v. Madison*<sup>8</sup>. A par disso, sem dúvida importante trazermos à baila uma breve sinopse deste caso, para melhor compreensão da matéria.

No final do governo do presidente John Adams (1791–1801), o Congresso norte-americano editou a Lei Orgânica do Distrito Federal, atribuindo ao presidente da república o provimento, com a aprovação do Senado, de 42 cargos de *justice of the peace*. Após a nomeação, alguns dos contemplados receberam imediatamente seus respectivos títulos; outros dezesseis, porém, ficaram de fora. No dia seguinte, mudou o governo, e o republicano Jefferson assumiu a presidência da República, nomeando Madison secretário de Estado. Após essa reviravolta, alguns *justices of the peace* dentre os nomeados que não chegaram a ser titulados (entre eles William Marbury) ajuizaram um *writ of mandamus* na Suprema Corte, no mês de dezembro de 1801, com o fito de compelir Madison a lhes entregar os títulos de nomeação.

Com o governo republicano e ambas as Casas do Congresso dispondo de maioria republicana, os juízes da Suprema Corte, de linha federalista, corriam o risco de *impeachment*.

---

<sup>7</sup>BEARD, Charles A. *The Supreme Court and Constitution*, Cornell Law Library, New York, 1912, pp. 115-116.

<sup>8</sup>BEARD, Charles A. *The Supreme Court and Constitution*, Cornell Law Library, New York, 1912, pp. 116-118.

A demanda ajuizada por Marbury foi fundamentada no dispositivo da seção 13 da Lei Orgânica da Magistratura, o *Judiciary Act*, de 24 de setembro de 1789. Muito embora não se pudesse extrair do dispositivo em questão, de modo inquestionável, a competência originária da Corte para julgamento do *writ* manejado por Marbury e outros, Marshall, de modo altamente engenhoso, asseverou que a seção 13 da Lei Orgânica atribuía inconstitucionalmente competência à Suprema Corte para julgá-lo, pois tal atribuição de competência estava reservada à Constituição, e não à lei infraconstitucional. Lendo-se hoje a decisão, depreende-se que ficou evidenciada a premissa de que acima do Congresso estava a Constituição e, mais, que cabia ao Judiciário fazer o confronto entre a lei ordinária, ainda que elaborada pelo Congresso, com a Lei Maior. Em decorrência, a ação judicial de Marbury e outros não tinha como tramitar na Corte Maior. Aparentemente, com sua argúcia, o juiz Marshall frustraria a quase certa tentativa de *impeachment* dos juízes federalistas da Suprema Corte, em detrimento da análise do mérito do *writ* impetrado Marbury. Todavia, em sua decisão, antes de chegar ao resultado (inconstitucionalidade da seção 13), Marshall antecipou *obiter dictum* o mérito da questão, afirmando que Marbury e seus companheiros tinham, sim, direito de receber os títulos de nomeação: as nomeações dos *justices of the peace* haviam sido válidas, já que precedidas do assentimento do Senado<sup>9</sup>.

Para justificar a autoridade da Suprema Corte para declarar nulas leis inconstitucionais, Hamilton acentua que a Constituição é fruto da vontade do povo e as leis são decisões dos representantes deste, então, quando a vontade do Poder Legislativo, manifestada nos seus estatutos, está em oposição à do povo que ele representa, declarada na Constituição, é a essa última que os juízes devem obedecer<sup>10</sup>.

*Marbury v. Madison* é, portanto, precedente judicial emblemático, na medida em que afirmou, de modo claro, a superioridade da Constituição no arcabouço normativo estadunidense, demonstrando que as leis e os demais atos normativos deveriam estar em consonância com os ditames constitucionais e que, para garantir que assim fosse, caberia um controle judicial.

Assim, restou delineada, nos Estados Unidos, uma forma de controle difuso, permitindo ao Poder Judiciário pronunciar-se, no caso concreto, sobre aspecto constitucional surgido como questão incidente, sendo, portanto, sua resolução necessária ao deslinde do mérito da ação

---

<sup>9</sup>MACIEL, Adhemar Ferreira. *O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93276/Maciel%20Adhemar.pdf>>. Acesso em 26 de setembro de 2018.

<sup>10</sup>HAMILTON, Alexander; MADISON, James e JAY, John. *O Federalista*, Tradução de Hiltomar Martins Oliveira, Editora Líder, Belo Horizonte, 2003, p. 177.

principal. Nessa toada, qualquer juiz ou tribunal que fosse competente para decidir uma determinada demanda, seria igualmente competente para julgar a respectiva controvérsia constitucional.

Em que pese a matriz do ordenamento jurídico brasileiro ter sua origem fincada no direito romano-germânico, adotando assim o sistema da *civil law*, a Constituição Brasileira de 1891, sob uma forte influência do “*judicial review*” norte-americano, acolheu as premissas fundamentais de tal modelo e implantou o controle difuso de constitucionalidade.

Para Canotilho, o constitucionalismo moderno, numa acepção histórico-descritiva, traduz o movimento político, social e cultural que, com maior ênfase a partir de meados do século XVIII, questiona, nos planos político, filosófico e jurídico, esquemas tradicionais de domínio político e sugere uma nova forma de fundamentação e ordenação deste poder, “ecoando a ideia de um governo limitado indispensável à garantia dos direitos como dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade.”<sup>11</sup>.

Por conseguinte, essa idealização de uma constituição rígida e com supremacia perante as leis e atos normativos infraconstitucionais, consagrando o controle difuso de constitucionalidade a ser exercido pelo Poder Judiciário, exprime uma das mais importantes características do constitucionalismo moderno.

### 1.2.2 Áustria

O controle de constitucionalidade concentrado surgiu na Áustria, com a Constituição promulgada em 1920, balizado pelas ideias e concepções de Hans Kelsen. Essa Constituição foi a primeira no mundo a instituir uma Corte Constitucional com competência exclusiva para exercer o controle judicial de constitucionalidade<sup>12</sup>.

De acordo com Kelsen, a ordem jurídica não é um sistema de normas ordenadas no mesmo plano, mas é uma construção escalonada, com diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência, a qual decorre do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra — e assim sucessivamente,

---

<sup>11</sup>ALVES CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*, Editora Almedina, Coimbra, 2016, p. 21.

<sup>12</sup>VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, 3ª Edição, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2003, p. 62.

até onde se encontra a norma fundamental pressuposta, considerada o fundamento de validade último<sup>13</sup>.

Kelsen obtempera que a Constituição representa o escalão de direito positivo mais elevado da pirâmide normativa<sup>14</sup>, com a qual todas as demais devem ser compatíveis, porém alerta para a possibilidade de o parlamento promulgar leis em desacordo com essa lei maior, daí surgindo a necessidade da previsão de mecanismos de controle da atuação legislativa em face da Constituição. Por outro lado, Kelsen negava aos juízes a possibilidade de realizar esse controle, defendendo a ideia da criação de um órgão autônomo, de um Tribunal Constitucional, com a tarefa exclusiva de realizar o controle de constitucionalidade. Assim, a fiscalização da constitucionalidade não seria uma função própria do Poder Judiciário, mas uma função autônoma, a ser exercida por um órgão constitucional também autônomo, o qual não se situaria em nenhum dos três poderes, de modo a preservar a independência de suas decisões<sup>15</sup>.

Na esteira desse pensamento, Kelsen justifica a criação de uma corte constitucional como único órgão competente para anular atos inconstitucionais, demonstrando que a jurisdição constitucional é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por objetivo garantir o exercício regular das funções estatais, ressaltando que a função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder e que uma Constituição em que falte a garantia de anulabilidade dos atos inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico<sup>16</sup>.

A evolução do sistema austríaco de controle de constitucionalidade fora intensificada com a reforma constitucional de 1929, conferindo à Corte Suprema e à Corte Administrativa o poder de requerer à Corte Constitucional a análise de lei cuja validade fosse prejudicial à solução de caso concreto. Os tribunais superiores austríacos, em caso de dúvida acerca da constitucionalidade de lei prejudicial ao julgamento de uma demanda, passaram a ser obrigados a requerer à Corte Constitucional a definição da sua constitucionalidade, vinculando-se ao seu pronunciamento<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup>KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, Tradução João Baptista Machado, Livraria Martins Fontes Editora, São Paulo, 2003. Título original: REINE RECHTSLEHRE. Hans Kelsen Institute. Viena. Verlag Franz: Deuticke. Viena, 1960, p. 247.

<sup>14</sup>KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, (...), (ob. cit.), p. 247.

<sup>15</sup>MELO FILHO, João Aurino de. *Modelos de controle de constitucionalidade no direito comparado*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11158/modelos-de-controle-de-constitucionalidade-no-direito-comparado/2>>. Acesso em 26 de setembro de 2018.

<sup>16</sup>KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*, Tradução de Alexandre Krug, Livraria Martins Fontes Editora, São Paulo, 2003, p. XIII.

<sup>17</sup>MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*, 7ª Edição, Editora Método, São Paulo, 2018, p. 1002.

O sistema jurídico brasileiro acolheu boa parte das premissas teóricas formuladas por Kelsen para instituir o controle concentrado de constitucionalidade, conferindo ao Supremo Tribunal Federal a competência para tal mister.

### 1.2.3 Portugal

O sistema jurídico português teve relevante influência sobre o sistema jurídico brasileiro, fato que se justifica muito pela antiga relação de proximidade entre os dois países desenhada desde a época em que o Brasil foi colônia portuguesa.

O controle de constitucionalidade português, tal como o brasileiro, também foi intensamente modificado ao longo da história. De acordo com Jorge Miranda, a fiscalização da constitucionalidade em Portugal pode ser dividida em três grandes períodos. O primeiro compreendido entre 1822 a 1911, na vigência das três constituições monárquicas, em sede das quais o controle de constitucionalidade era puramente político. O segundo, compreendido entre 1911 a 1976, onde predominava o modelo de fiscalização judicial difusa, ainda que com alguns elementos de fiscalização política. E, por último, o período compreendido entre a Constituição de 1976 e os dias atuais, em que prevalece o controle jurisdicional de constitucionalidade concentrado, porém integrado com o controle jurisdicional difuso<sup>18</sup>.

Importa destacar que a Constituição Portuguesa de 1911 foi a primeira Constituição da Europa a prever expressamente a competência dos tribunais para apreciar a constitucionalidade das normas jurídicas, nos moldes do já citado modelo da *judicial review* estadunidense<sup>19</sup>.

Já a Constituição Portuguesa de 1976 consagrou em seu texto a fiscalização abstrata e a concreta de constitucionalidade, mas o que merece um recorte destacado desta lei fundamental portuguesa para o presente estudo é o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão, em seu artigo 283<sup>20</sup>. É de bom alvitre registrar que a Constituição Portuguesa de 1976 fora uma das poucas no mundo a consagrar expressamente a possibilidade de uma fiscalização de

---

<sup>18</sup>MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional, Volume 2*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2016, p. 252.

<sup>19</sup>ALVES CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*, Editora Almedina, Coimbra, 2016, p. 121.

<sup>20</sup>“Artigo 283. 1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais. 2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.(...)”.Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 26 de setembro de 2018.

constitucionalidade decorrente de uma omissão inconstitucional, tendência que também foi seguida pela Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 103, § 2º<sup>21</sup>.

Portanto, infere-se que o ordenamento jurídico brasileiro adota um controle de constitucionalidade misto, posto ter acolhido tanto o modelo difuso, de origem norte-americana, desde o advento da Constituição Federal de 1891, como também o modelo europeu de controle concentrado e abstrato, de origem austríaca, com a previsão da ação genérica de inconstitucionalidade, já a partir da emenda constitucional 16/65, na vigência da Constituição Federal de 1946. Já com a Constituição de 1988, estabeleceu, ainda, a possibilidade de controle de constitucionalidade decorrente de omissão inconstitucional, assim como já era realizado em Portugal.

Com efeito, o controle de constitucionalidade brasileiro revela seu caráter heterogêneo, ao adotar diversas concepções de controle, assimilando aspectos de sistemas jurídicos distintos, constituindo-se assim um modelo de controle peculiar.

### 1.3 Aspectos gerais

A importância de que se reveste a jurisdição constitucional num Estado Democrático de Direito está consubstanciada muito na necessidade de se resguardar os direitos e garantias fundamentais do cidadão através de uma Carta Política hígida e protegida das intempéries políticas que porventura venham a tencionar subverter a ordem jurídica constitucional posta. Os pressupostos essenciais da justiça constitucional estão assentados exatamente em três pilares, quais sejam: o da concepção normativa da Constituição, como lei suprema localizada no ápice da pirâmide normativa de determinado ordenamento jurídico, o da elevação da Constituição a parâmetro de validade de todos os atos emanados do poder público e o da garantia judicial de que a Constituição terá sua guarda confiada a um tribunal próprio e específico<sup>22</sup>.

Com efeito, o controle de constitucionalidade tem por escopo precípua a aferição da compatibilidade das normas e atos normativos infraconstitucionais com a Constituição. A supremacia e a rigidez da Constituição requerem o estabelecimento de um sistema eficiente de controle, ainda mais considerada a Constituição enquanto norma suprema e fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico.

---

<sup>21</sup>“Art. 103, § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

<sup>22</sup>ALVES CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*, Editora Almedina, Coimbra, 2016, p. 23.

Não se pode deixar de reconhecer que o controle de constitucionalidade no Brasil é eminentemente de natureza judicial, porém existem diversas instâncias de controle político de constitucionalidade exercido tanto no âmbito do Poder Executivo, como, por exemplo, na hipótese de veto de uma lei por inconstitucionalidade, quanto na seara de atuação do Poder Legislativo, a exemplo da rejeição de um projeto de lei pela Comissão de Constituição, e Justiça por razão de inconstitucionalidade<sup>23</sup>.

No que tange ao órgão judicial competente, o sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade pode ocorrer de maneira difusa, quando se reconhece o seu exercício a todos os órgãos do Poder Judiciário, e também pode ser concentrado, ocasião em que apenas o tribunal de cúpula do Poder Judiciário detém essa atribuição, sem olvidarmos no caso brasileiro, o controle realizado tendo como parâmetro a Constituição Estadual, que é exercido pelo Tribunal de Justiça local<sup>24</sup>.

Como já mencionado, o ordenamento jurídico brasileiro combinou os critérios difuso e concentrado. Portanto, temos respectivamente o controle por via incidental e por via de ação direta.

No controle por via incidental (difuso), qualquer interessado poderá suscitar a questão de inconstitucionalidade, no curso de qualquer processo destinado a resolver um litígio, seja de que natureza for, qualquer que seja o juízo, sendo a solução da questão constitucional prejudicial à decisão<sup>25</sup>.

No controle concentrado, objetiva-se a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, independentemente da existência de um caso concreto, sendo, portanto, a declaração de inconstitucionalidade o objeto principal da ação. Em nível federal tal controle é exercido pelo Supremo Tribunal Federal através do manejo das ações diretas de inconstitucionalidade em suas modalidades interventiva, genérica e supridora de omissão, bem como através da ação declaratória de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental. Tais mecanismos de controle serão analisados em tópico adiante.

Noutro giro, o controle poderá ser concreto quando a análise da constitucionalidade da norma for pressuposto à resolução da demanda, se apresentando conjugada à aferição do direito subjetivo ou interesse legítimo, cuja tutela jurisdicional dela depende. Ao revés, o controle será abstrato, quando houver um processo objetivo voltado apenas para a análise da validade

---

<sup>23</sup>BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, Editora Saraiva, São Paulo, 2004, p. 42.

<sup>24</sup>DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 19ª Edição, Malheiros Editores, 2001, p. 49.

<sup>25</sup>DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, (ob. cit.), pp. 51-52.



constitucional da norma, desvinculado de uma situação conflitiva concreta, com o escopo de resguardar a ordem constitucional objetiva. Neste último caso, não há que se falar em uma solução de um litígio propriamente dito, porquanto não possui partes<sup>26</sup>.

Nessa senda, podemos afirmar que no Brasil, via de regra, todo controle difuso será também concreto, e todo controle abstrato será concentrado, muito embora este último possa também ser concreto nos casos de ação direta de inconstitucionalidade interventiva.

Quanto ao momento de exercício do controle de constitucionalidade este pode ser prévio ou repressivo. O controle prévio ocorre antes da conversão de um projeto de lei em lei, visando impedir que um ato normativo inconstitucional entre em vigor. Geralmente, este controle é exercido, no Brasil, pelos Poderes Legislativo e Executivo, em que pese o Supremo Tribunal Federal admitir, excepcionalmente, a utilização de mandado de segurança manejado por parlamentares em face do simples processamento de propostas de emenda à Constituição, cujo conteúdo viole alguma das cláusulas pétreas, bem como sob o fundamento do direito a um devido processo legislativo<sup>27</sup>.

De outra parte, como visto, o controle também pode ser repressivo, ocasião em que é realizado após a entrada do diploma normativo em vigor e com o objetivo de suspender sua

---

<sup>26</sup>MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*, 7ª Edição, Editora Método, São Paulo, 2018, pp. 1001-1002.

<sup>27</sup>“CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE PROJETO DE LEI. INVIABILIDADE. 1. Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é “a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo” (MS 24.667, Pleno, Min. Carlos Velloso, DJ de 23.04.04). Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não. 2. Sendo inadmissível o controle preventivo da constitucionalidade material das normas em curso de formação, não cabe atribuir a parlamentar, a quem a Constituição nega habilitação para provocar o controle abstrato repressivo, a prerrogativa, sob todos os aspectos mais abrangente e mais eficiente, de provocar esse mesmo controle antecipadamente, por via de mandado de segurança. 3. A prematura intervenção do Judiciário em domínio jurídico e político de formação dos atos normativos em curso no Parlamento, além de universalizar um sistema de controle preventivo não admitido pela Constituição, subtrairia dos outros Poderes da República, sem justificação plausível, a prerrogativa constitucional que detém de debater e aperfeiçoar os projetos, inclusive para sanar seus eventuais vícios de inconstitucionalidade. Quanto mais evidente e grotesca possa ser a inconstitucionalidade material de projetos de leis, menos ainda se deverá duvidar do exercício responsável do papel do Legislativo, de negar-lhe aprovação, e do Executivo, de apor-lhe veto, se for o caso. Partir da suposição contrária significaria menosprezar a seriedade e o senso de responsabilidade desses dois Poderes do Estado. E se, eventualmente, um projeto assim se transformar em lei, sempre haverá a possibilidade de provocar o controle repressivo pelo Judiciário, para negar-lhe validade, retirando-a do ordenamento jurídico. 4. Mandado de segurança indeferido.” Supremo Tribunal Federal – MS 32033/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, Data do julgamento: 20/06/2013.

eficácia, expurgando-o do ordenamento jurídico quando incompatível com a Constituição<sup>28</sup>. Em linhas gerais este controle é exercido pelo Poder Judiciário, todavia em algumas hipóteses pode ser exercitado pelo Poder Legislativo, como por exemplo, quando o Congresso Nacional susta os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa (artigo 49, V, da Constituição Federal). Igualmente, o controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil não se limita a extirpar do ordenamento normas postas que contrariem a Constituição, indo além, a exemplo do que ocorre quando do controle relacionado a omissões inconstitucionais.

#### **1.4 A inconstitucionalidade decorrente de ação ou omissão do Poder Legislativo**

A Constituição Federal de 1988 reconhece duas formas bem distintas de inconstitucionalidade: a decorrente de ação e a decorrente de omissão.

A inconstitucionalidade por ação ocorre com a produção de atos normativos que contrariem normas ou princípios da Constituição. O fundamento dessa inconstitucionalidade tem supedâneo na supremacia da Constituição, exsurgindo a necessidade da compatibilidade vertical das normas de determinado sistema jurídico, de modo que as normas que não são compatíveis com a Constituição são declaradas inválidas.

Essa incompatibilidade vertical de normas inferiores com a Constituição se manifesta sob dois aspectos: a) formalmente, quando tais normas são formadas por autoridades incompetentes ou em desacordo com formalidades ou procedimentos estabelecidos pela Constituição; b) materialmente, quando o conteúdo de tais leis ou atos contraria preceito ou princípio da Constituição<sup>29</sup>.

Já a inconstitucionalidade por omissão ocorre nas hipóteses em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos necessários para tornar plenamente aplicáveis certas normas constitucionais. Tal possibilidade decorre do fato de que nem todas as normas constitucionais produzem efeitos imediatos, dependendo, por vezes, de atos normativos infraconstitucionais<sup>30</sup>.

Jorge Miranda assevera que por omissão entende-se a falta de medidas legislativas necessárias, falta esta que pode ser total ou parcial. É que esse tipo de violação da Constituição

---

<sup>28</sup>BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, Editora Saraiva, São Paulo, 2004, p. 45.

<sup>29</sup>DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, (ob. cit.), p. 47.

<sup>30</sup>DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, (ob. cit.), p. 48.

provém em algumas vezes da completa inércia do legislador e em outras da sua deficiente atividade, competindo ao órgão de fiscalização pronunciar-se sobre a adequação da norma legal à norma constitucional<sup>31</sup>.

O reconhecimento da possibilidade de não cumprimento da Constituição em razão de um silêncio inconstitucional dos órgãos legislativos decorre diretamente da superioridade formal e material da Constituição relativamente à lei. Portanto, o controle de constitucionalidade deve ser exercido não só quando o legislador atua em desconformidade com as normas insertas na Constituição, como também quando permanece inerte, não cumprindo as normas constitucionalmente impositivas de medidas legislativas necessárias para a concretização dos ditames insculpidos na Lei Fundamental.

De acordo com o tipo de inconstitucionalidade, o ordenamento jurídico pátrio estabeleceu os mecanismos a serem utilizados para a fiscalização de sua compatibilidade com a Constituição, conforme veremos a seguir.

#### **1.4.1 Mecanismos de controle**

Para a realização de um controle de constitucionalidade eficiente, que permita manter a coerência e o respeito aos dispositivos da lei suprema, revela-se imprescindível que o ordenamento jurídico contenha as ferramentas adequadas para atingir tal desiderato.

A Magna Carta brasileira dispõe de uma vasta gama de mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade desenvolvidos para a verificação da compatibilidade dos atos normativos com a Constituição. Em sede de controle difuso, o principal mecanismo de fiscalização da constitucionalidade previsto no ordenamento jurídico pátrio é o recurso extraordinário. A decisão acerca de questão constitucional, proferida de forma incidental em processo que tenha por finalidade o exame de caso concreto, pode ser levada a apreciação do Supremo Tribunal Federal mediante essa espécie recursal.

De acordo com o artigo 102, III, da Constituição, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição Federal, declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição ou julgar válida lei local contestada em face de lei federal. É de bom alvitre registrar que não é possível discutir matéria de fato ou pretender nova

---

<sup>31</sup>MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional, Volume 2*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2016, p. 291.

valoração da prova mediante recurso extraordinário, conforme entendimento consolidado na súmula 279 do Supremo Tribunal Federal, que menciona: “Para simples reexame de prova, não cabe recurso extraordinário”.

A emenda constitucional nº 45 de 2004 incluiu, para o manejo do recurso extraordinário, o requisito da demonstração de repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros (artigo 102, §3º, da Constituição Federal).

Em sede de controle abstrato, destacam-se a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A ação direta de inconstitucionalidade compreende três modalidades: a) a por omissão (103, §2º, da Constituição Federal); b) a genérica, destinada à declaração em abstrato da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (artigo 102, I, a, da Constituição Federal); e c) a interventiva, que pode ser federal, cuja iniciativa é do Procurador-Geral da República e de competência do Supremo Tribunal Federal (artigos 36, III, 102, I, a, e 129, IV), e estadual, por provocação do Procurador-Geral de Justiça (destinada a promover a intervenção da União nos Estados e dos Estados nos municípios, respectivamente).

Tem-se, assim, que a ação direta interventiva difere da genérica porque não desencadeia um processo objetivo, considerando que sua finalidade não é a declaração de inconstitucionalidade em tese de um ato estadual, mas, sim, a solução de uma controvérsia que envolve a União e o Estado-membro<sup>32</sup>.

No que tange à ação direta de inconstitucionalidade e à ação declaratória de constitucionalidade, cabem algumas considerações conjuntas, dadas as semelhanças de suas características e procedimentos, sendo, aliás, objeto de regulamentação por idêntico diploma legal — a Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999 —, sinalizando a conveniência de sua análise em paralelo, inclusive para ressaltar aquilo que as diferencia.

A ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade têm natureza dúplice, de modo que, uma vez proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória, conforme dispõe o artigo 24 da Lei 9.868 de 1999.

---

<sup>32</sup>STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional*, 5ª Edição, Editora Forense, 2018, p. 316.

Nessa toada, além dessa distinção básica entre a ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, insta pontuar que a primeira abrange o controle sobre as leis federais e estaduais<sup>33</sup>, enquanto que a última apenas sobre as leis federais. Ademais, impende realçar que a ação declaratória de constitucionalidade necessita da demonstração de um requisito especial de admissibilidade, qual seja, a comprovação de existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória, consoante disposto no artigo 14 da referida lei.

A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito ministros, ou seja, 2/3 da composição total do Supremo Tribunal Federal.

Cumprir destacar, ainda, a possibilidade de modulação temporal dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Nos termos do artigo 27 da Lei 9.868 de 1999, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo — e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social —, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Tal dispositivo vem excepcionar a regra que vige no Brasil, segundo a qual uma vez declarada, via controle concentrado, a inconstitucionalidade, esse reconhecimento atinge a norma desde sua origem com efeito portanto *ex tunc*, vinculante e *erga omnes*. Nesse sentido, dispõe o artigo 102, § 2º, da Carta Política brasileira que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade “produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

Noutro giro, a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) consiste em inovação trazida pelo constituinte de 1988, prevista no art. 102, § 1º, da Constituição Federal, também regulamentada pela Lei 9.882 de 1999. Entretanto, o objeto de controle da arguição de descumprimento de preceito fundamental não se restringe a leis ou atos normativos federais e estaduais, abarcando, ainda, leis e atos normativos municipais. Outra peculiaridade é que, além da verificação da compatibilidade constitucional de leis ou atos supervenientes à

---

<sup>33</sup>“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (...)”.

Constituição Federal, a arguição de descumprimento de preceito fundamental pode ser utilizada para aqueles que forem a esta anteriores.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, bem como quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. Mister salientar que alguns doutrinadores perfilham o entendimento de que a arguição de descumprimento de preceito fundamental também pode ocorrer de forma incidental, ocasião em que pressupõe uma demanda concreta já submetida ao Poder Judiciário<sup>34</sup>. Os legitimados ativos para a propositura da arguição de descumprimento de preceito fundamental são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade e a dinâmica procedimental segue o rito previsto na já mencionada Lei 9.868 de 1999. Esse instrumento de fiscalização de constitucionalidade tem caráter subsidiário, na medida em que não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

Uma questão que levanta muita controvérsia diz respeito à conceituação da expressão “preceitos fundamentais”, uma vez que não há previsão constitucional ou legal definindo seu conteúdo. Gilmar Mendes, ministro do Supremo Tribunal Federal, inclusive reconheceu, em voto proferido no bojo da ADPF nº 33, a dificuldade no que se refere ao parâmetro de controle da arguição de descumprimento de preceito fundamental<sup>35</sup>.

De sua parte, Lênio Streck leciona que a atribuição de sentido que se pode fazer à expressão “preceitos fundamentais” caminha na direção de que ela se refere a direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo Direito Constitucional interno de cada Estado<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup>BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, (ob. cit.), pp. 219-220.

<sup>35</sup>“(…)É muito difícil indicar, a priori, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. Assim, ninguém poderá negar a qualidade de preceitos fundamentais da ordem constitucional aos direitos e garantias fundamentais (art. 5º, dentre outros). Da mesma forma, não se poderá deixar de atribuir essa qualificação aos demais princípios protegidos pela cláusula pétrea do art. 60, § 4º, da CF: o princípio federativo, a separação de Poderes e o voto direto, secreto, universal e periódico. Por outro lado, a própria Constituição explicita os chamados “princípios sensíveis”, cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-membros (art. 34, VII). (...) Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência. Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também as regras que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio. (...)”Supremo Tribunal Federal - ADPF nº 33, Relator Ministro Gilmar Mendes, Data do julgamento: 07/12/2005.

<sup>36</sup>STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional*, 5ª Edição, Editora Forense, 2018, p. 548.

Já para Luís Roberto Barroso, ministro do Supremo Tribunal Federal, muito embora o termo conserve a fluidez dos conceitos jurídicos indeterminados e haja dificuldade em delimitar, em abstrato, o seu conteúdo, existe um conjunto de normas que inegavelmente devem ser abrigadas no domínio dos preceitos fundamentais, tais como os fundamentos e objetivos da República, as decisões políticas estruturantes, os direitos fundamentais, as cláusulas pétreas e os princípios constitucionais sensíveis<sup>37</sup>.

Tem-se, então, que o recurso extraordinário se apresenta como remédio para levar ao Supremo Tribunal Federal toda e qualquer violação da Constituição em sede de controle difuso e sempre no curso de uma ação; a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade têm a finalidade de expungir do sistema jurídico qualquer inconstitucionalidade decorrente de lei ou ato normativo que confronte dispositivo constitucional; e a arguição de descumprimento de preceito fundamental representa a possibilidade de submeter ao Supremo Tribunal Federal as violações dos preceitos fundamentais previstos na Carta Constitucional<sup>38</sup>.

Outro importante instrumento de controle de constitucionalidade é a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista no artigo 103, §2º, da Constituição de 1988. A declaração de inconstitucionalidade por omissão tem implícita a pronúncia da mora do Poder ou órgão competente. O problema é saber se a jurisdição constitucional deve se render à compreensão de que a decisão de procedência pode apenas declarar a omissão inconstitucional ou, ao invés, pode tutelar diretamente a Constituição, questão relevante na medida em que está em jogo a possibilidade de se condicionar, ou não, a força normativa do texto constitucional ao juízo de discricionariedade do parlamento<sup>39</sup>.

Celso de Mello, ministro do Supremo Tribunal Federal, chegou a mencionar, em decisão proferida no âmbito da ADPF nº 45 MC/DF, que o desrespeito a Constituição pode ocorrer mediante uma inércia do Estado, ocasião em que deixa de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição<sup>40</sup>. A omissão inconstitucional, objeto da ação,

---

<sup>37</sup>BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, (ob. cit.), p. 222.

<sup>38</sup>STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional*, 5ª Edição, Editora Forense, 2018, p. 549.

<sup>39</sup>MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*, (ob. cit.), pp. 1321-1322.

<sup>40</sup>“(…) O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non*

não decorre, portanto, necessariamente da previsão de legislar contida em norma constitucional, mas pode advir da falta ou insuficiência de norma, ou de prestação fático-administrativa, para proteger ou viabilizar a realização de um direito fundamental<sup>41</sup>.

Finalmente, tem-se, ainda, o mandado de injunção, que é utilizado quando a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, conforme preconiza o artigo 5º, LXXI.

As duas figuras distinguem-se quanto ao sentido e ao alcance. A ação de inconstitucionalidade por omissão é uma modalidade de fiscalização abstrata, enquanto que o mandado de injunção, modalidade de fiscalização concreta. O órgão competente para conhecer a ação de inconstitucionalidade por omissão é o Supremo Tribunal Federal, ao passo que qualquer tribunal é competente para conhecer o mandado de injunção. A ação de inconstitucionalidade por omissão tutela qualquer norma constitucional, diferentemente do mandado de injunção, que se destina a normas não exequíveis por si mesmas, notadamente aquelas atinentes a direitos de liberdade. Enfim, na ação de inconstitucionalidade por omissão, o Supremo Tribunal se restringe a declarar a existência de inconstitucionalidade, por conta de omissão legislativa, enquanto que no mandado de injunção o tribunal supre a omissão, efetivando as medidas necessárias, de efeito individual ou *erga omnes* consoante os casos<sup>42</sup>.

## 2. Os desafios do Direito Penal no atual contexto brasileiro

A atual conjuntura do desenho sócio-político brasileiro nos revela um cenário alarmante. O aumento desenfreado da criminalidade, o avanço das organizações criminosas, o surgimento de novos riscos a bens jurídicos decorrentes do desenvolvimento industrial, tecnológico e da globalização, além de outros fenômenos, exigem, por conseguinte, uma releitura do âmbito de proteção do Direito Penal.

---

*praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público. - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental." (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno). (...) "Supremo Tribunal Federal - ADPF 45 MC/DF, Relator Ministro Celso de Mello, Data do julgamento: 29/04/2004.

<sup>41</sup>MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*, (ob. cit.), p. 1323.

<sup>42</sup>MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional, Volume 2*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2016, pp. 294-295.



A ampliação, nos ordenamentos jurídicos, do número de tipos penais, em última análise, muito se deve à necessidade de se adequar as normas penais à realidade decorrente das transformações sociais. Do contrário, uma série de comportamentos e situações oriundas dessas alterações ficariam fora do raio de alcance do Direito Penal, a despeito da sua evidente nocividade a bens jurídicos merecedores de proteção jurídica sob o enfoque penal.

Assim é que a modificação da realidade, ensejando novas possibilidades de dano a bens jurídicos, fez com que se ampliasse o rol de crimes e também o de instrumentos de combate à criminalidade, nos mais diversos ordenamentos, a esse processo não se mostrando alheio o caso brasileiro. Em contrapartida, intensificaram-se as discussões quanto à legitimidade e constitucionalidade dessa expansão legislativa<sup>43</sup>.

Não podemos olvidar que enquanto o Direito, em sentido amplo, existe para ordenar as relações sociais, o Direito Penal, especificamente, visa assegurar ao indivíduo pressupostos básicos para o livre desenvolvimento de sua personalidade, finalidade compreendida entre as tarefas primordiais do Estado Democrático e Social de Direito, constituindo-se, por isso, instrumento imprescindível à pacificação social. Doutra banda, na persecução desse desiderato não pode o Estado chegar ao ponto de sacrificar, além do estritamente necessário, a mesma liberdade que o Direito Penal visa assegurar. Por conseguinte, desenvolveu-se — e continua a se desenvolver — ao longo do tempo, sólida matriz principiológica, a fim de servir de base e de esteio para a produção, interpretação e aplicação das leis, na seara juspenal.

## **2.1 A base principiológica do Direito Penal**

A necessidade do estabelecimento de um mecanismo de controle social rigoroso capaz de obter a pacificação social sempre esteve presente no decorrer da história da humanidade. Assim, desde os primórdios, a ideia de um direito de punir fazia-se presente, mesmo que de maneira assistemática e rudimentar, pois o ser humano sempre deu indícios de que carregava a noção de que deveria haver punição para aqueles que violassem as regras, explícitas ou implícitas, de bom convívio<sup>44</sup>.

A América Latina — notadamente o Brasil, o México, a Argentina e o Peru — sofreu marcante influência do pensamento europeu iluminista no século XIX, com a consolidação de estruturas típicas do positivismo criminológico, manifestando uma nova forma de pensar o

---

<sup>43</sup> CARNELUTTI, Francesco. *A Morte do Direito*, Tradução Hiltomar Martins Oliveira, Editora Líder, Belo Horizonte, 2003, pp. 10-11.

<sup>44</sup> DUARTE, Maércio Falcão. *Evolução histórica do Direito Penal*, Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 4, n. 34, 1 ago. 1999.

poder punitivo estatal<sup>45</sup>. Com efeito, a evolução do Direito Penal ganhou contornos mais científicos à medida em que a própria concepção de Estado, enquanto instituição formalmente constituída e organizada, fora se desenvolvendo. E com o advento do movimento constitucionalista, oportunidade em que a Constituição passou a determinar os limites positivos e negativos de atuação do Direito Penal, os princípios assumiram papel de destaque na construção de um novo modelo de sistema punitivo.

O Direito Penal se assenta em determinados princípios fundamentais, inerentes ao próprio Estado Democrático e Social de Direito, que constituem o pilar central do sistema normativo, conferindo-lhe coerência e unidade, servindo de critérios para a sua precisa compreensão, bem como orientando a feitura e a interpretação das leis, porquanto se manifestam como verdadeira baliza inicial para a construção da dogmática jurídico-penal. Nessa toada, Karl Larenz enfatiza que os princípios jurídicos são pautas diretivas de normatização que, em razão da sua própria “força de convicção”, podem justificar resoluções jurídicas<sup>46</sup>.

Cumprir destacar que os princípios assumem uma dúplici função, isto é, auxiliam o operador do direito a extrair os sentidos do texto legal, com a finalidade de identificar a solução jurídica adequada ao caso concreto, ao mesmo tempo em que suprem os vazios legislativos<sup>47</sup>. No dizer de Figueiredo Dias, os princípios jurídicos exprimem os valores preferenciais e os bens prevalentes em dado momento numa certa comunidade, dando sentido à multidão de normas e permitindo à dogmática explicar e compreender os problemas do Direito, caminhando com segurança ao encontro de sua solução<sup>48</sup>.

De outra parte, os princípios fundamentais penais constituem o núcleo essencial que norteia toda a criação, integração e aplicação do direito penal, moldados a partir de valores éticos, jurídicos e culturais vigentes em uma comunidade social, decorrentes de um processo histórico-político. Tais princípios atuam como fundamento e limite da responsabilidade penal, na sua missão de salvaguarda das liberdades e direitos fundamentais e, ainda, balizam a política legislativa criminal.

---

<sup>45</sup>ANITUA, Gabriel Ignacio. *Historias de los pensamientos criminológicos*, Tradução de Sérgio Lamarão, Editora Revan, Rio de Janeiro, 2008, p. 674.

<sup>46</sup>LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, Tradução de José Lâmega, 7ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2014, p. 674.

<sup>47</sup>BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*, 7ª Edição, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2014, p. 27.

<sup>48</sup>FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*, volume 1, Coimbra Editora, Coimbra, 1974, p. 113.

Para além da restrita configuração de diretrizes à integração ou à interpretação dos sistemas jurídicos, os princípios, em uma nova concepção hermenêutica, são considerados como espécies de normas jurídicas prescritivas de comportamentos, que, ao veicularem valores, dizem, deontologicamente, o que deve ser, tudo como consequência direta da função construtiva que os caracteriza dinamicamente entre as normas do sistema<sup>49</sup>.

É de bom alvitre registrar que os princípios podem estar explícitos, ou seja, positivados no ordenamento jurídico, ou implícitos, quando derivam daqueles expressamente previstos e decorrem de uma interpretação sistemática. Pontua Karl Larenz que alguns deles estão expressamente enunciados na Constituição ou em outras leis e alguns foram descobertos e declarados pela primeira vez pela doutrina ou pela jurisprudência, logo se impondo na consciência jurídica geral, tendo em vista a força de convicção que lhes são inerentes<sup>50</sup>.

Devido as suas peculiaridades, o Direito Penal é, particularmente, regido por uma vasta gama de princípios. Para o escopo do presente estudo, porém, iremos analisar apenas alguns destes, a seguir, assumindo destaque aqueles extraídos do texto constitucional e que se irradiam por todo o sistema jurídico-penal, balizando dessa forma o exercício da atividade do legislador e do aplicador do direito.

### **2.1.1 Princípio da legalidade**

O princípio da legalidade é condição básica, pedra angular, para a própria existência de um Estado de Direito, em decorrência do qual governantes e governados devem se submeter ao império da lei, obedecendo às prescrições de conduta e de comportamento nela insculpidos. De certo modo ignorado, até então, pelos direitos medieval e germânico, assentados basicamente no costume, o princípio da legalidade afirmou-se em 1215, na Magna Carta Inglesa de João Sem Terra, com a proibição de prisão do indivíduo ou de privação de seus bens, a não ser por um juízo legal de seus iguais, sinalizando a intenção de coibir os abusos do soberano<sup>51</sup>.

Todavia, o reconhecimento legislativo do princípio da legalidade se inicia efetivamente com a Declaração da Virgínia, de 1776, passa pela Josephina austríaca, de 1787, e, finalmente, chega ao seu momento culminante com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup>BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*, (ob. cit.), p. 30.

<sup>50</sup>LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, (ob. cit.), p. 674.

<sup>51</sup>BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*, (ob. cit.), p. 38.

<sup>52</sup>“Nenhum homem pode ser acusado, detido ou encarcerado, senão nos casos determinados pela lei e segundo as formas por ela exigidas” (art. 7º) e “a lei só deve estabelecer penas, de forma estrita, e necessárias, e ninguém pode

Posteriormente, vários documentos espalhados pelo mundo consagraram expressamente a legalidade, dentre estes podemos citar: a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948; a Convenção Européia dos Direitos Humanos de 1950; Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) de 1969 e o Estatuto de Roma que instituiu o Tribunal Penal Internacional em 1998.

Decerto, que a gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, a rigorosa intervenção nos direitos fundamentais do indivíduo, o caráter de *ultima ratio* que esta intervenção deve ter, impõe, necessariamente, a busca de um princípio que controle o poder punitivo estatal e que confine sua aplicação em limites que excluam o excesso do poder punitivo. Nessa esteira, é que se reveste da maior importância o princípio da legalidade, no qual a elaboração das normas incriminadoras é função exclusiva da lei, porquanto nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que, antes da ocorrência desse fato, exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente<sup>53</sup>.

O fundamento desse princípio radica na proteção dos valores segurança jurídica, igualdade e liberdade, por meio da vinculação dos poderes públicos à lei precisa e concreta, garantindo que seja o legislador quem adote as decisões básicas na matéria, de modo a excluir a arbitrariedade no exercício punitivo do Estado e assegurando tratamento igualitário na lei e na aplicação da lei<sup>54</sup>. Nas lições de Alf Ross, a exigência de igualdade deve ser compreendida num sentido relativo, isto é, como uma exigência de que os iguais sejam tratados da mesma maneira. Isto significa que, como um pré-requisito para a aplicação da norma de igualdade e com independência dela, é preciso que haja algum critério para determinar o que será considerado igual; em outras palavras, a exigência de igualdade contida na ideia de justiça não é dirigida de forma absoluta a todos e a cada um, mas a todos membros de uma classe determinados por certos critérios relevantes. Nessa senda, as diversas formulações de justiça insertas na lei para grupos ou contextos diversos devem incluir um padrão de avaliação, que deve ser aplicado como um pré-requisito à definição da categoria cujos membros devem ser tratados com igualdade<sup>55</sup>.

Para Teresa Quintela Brito, o princípio da legalidade se funda na segurança jurídica, não só de uma segurança do indivíduo perante o Estado, mas de um indivíduo perante a outro, a

---

ser punido senão em virtude de lei estabelecida e promulgada com anterioridade ao delito e legalmente aplicada” (art. 8º).

<sup>53</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal, Parte Geral*, (ob. cit.), p. 10.

<sup>54</sup>PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, Volume I, Parte Geral, 15ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017, p. 79.

<sup>55</sup>ROSS, Alf. *Direito e Justiça*, Tradução de Edson Bini, 1ª Edição, Edipro, São Paulo, 2000, p. 315.

qual no Estado de Direito, se traduz no direito do sujeito de não ser afetado nos bens essenciais da sua vida, senão na medida exigida por lei para a realização dos fins do Estado. Assim, pontua a referida doutrinadora que o princípio da legalidade criminal seria uma decorrência do princípio da estrita necessidade da intervenção penal, mencionando ainda que o artigo 18º/2 da Constituição da República Portuguesa só autoriza a lei restringir direitos, liberdades e garantias na medida do estritamente necessário, adequado e proporcional à salvaguarda de outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos. O que permite adjudicar ao próprio princípio da necessidade da intervenção penal uma fundamentação deontológica e não apenas consequencialista, empírica ou contingente, de mera utilidade social estatal dessa intervenção<sup>56</sup>.

Evidente que o legislador ao realizar a filtragem dos comportamentos danosos à sociedade, deve levar em consideração, de uma maneira geral, o contexto fático-social a fim de verificar quais condutas são relevantes a ponto de merecerem a proteção penal. Porém, o princípio da legalidade não extrai seu fundamento de um objetivo de política criminal maior, na verdade se revela como um axioma fundamental, constituindo um imperativo categórico, não estando submetido — muito embora seja diretamente influenciado — a uma finalidade de otimização da eficiência preventiva, traduzindo uma garantia fundamental do cidadão<sup>57</sup>.

Nessa toada, tem-se que o princípio da legalidade assume uma dupla função: a primeira, política ou extrínseca, ligada à dinâmica de poder entre o Estado e o cidadão, protegendo o último contra o abuso estatal, fixando quais comportamentos são passíveis de punição penal, delimitando as penas, bem como regulando a execução penal; a segunda, jurídica ou intrínseca, relacionada à própria função da pena e do Direito Penal, na medida em que sob o aspecto da funcionalidade do sistema jurídico, o princípio da legalidade assume relevância na própria finalidade de prevenção geral de delitos<sup>58</sup>.

A partir do princípio da legalidade, pode ser extraída uma série de garantias e consequências, importando em restrições ao legislador e ao intérprete da lei penal. Quando se menciona que não há crime sem lei anterior que o defina, e não há pena sem prévia cominação legal, esse postulado cumpre funções reciprocamente condicionadas: limitação das fontes formais do Direito Penal e garantia da liberdade pessoal do cidadão<sup>59</sup>.

---

<sup>56</sup>QUINTELA DE BRITO, Teresa. *O princípio da legalidade como parâmetro de interpretação das normas penais na doutrina portuguesa* in Anatomia do Crime, Revista de Ciências Jurídico-Criminais – nº 8, julho-dezembro de 2018 semestral, editora Almedina, p. 45.

<sup>57</sup>QUINTELA DE BRITO, Teresa. *O princípio da legalidade como parâmetro de interpretação das normas penais na doutrina portuguesa*, (ob. cit.), p. 44.

<sup>58</sup>JUNQUEIRA, Gustavo e VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal*, Parte Geral, 4ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2018, pp. 88-89.

<sup>59</sup>PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, (ob. cit.), p. 80.

Santiago Mir Puig realiza uma análise do princípio da legalidade sob o enfoque de quatro distintos aspectos: uma garantia criminal, na qual exige que o delito seja determinado por uma lei (*nullum crimen sine lege*); uma garantia penal, requerendo que a lei indique a pena correspondente ao fato delitivo praticado (*nulla poena sine lege*); uma garantia jurisdicional, que exige que a existência do delito e a imposição da pena se determinem por meio de uma sentença judicial e segundo um procedimento legalmente estabelecido; e por fim, uma garantia de execução, exigindo que a execução da pena se sujeite a uma lei que a regule<sup>60</sup>.

Assim, pode-se concluir que são funções primordiais do princípio da legalidade, a indicação precisa do ilícito, a proteção da pessoa e suas expectativas, e a vinculação do Estado ao seu próprio Direito. Infere-se que tal princípio não se esgota na legalidade das penas, uma vez que seu objetivo precípua é assegurar a “máxima proteção individual”, que só se realiza com um controle democrático das interferências na liberdade individual, tanto no plano da criação como no plano da aplicação das normas penais<sup>61</sup>.

Importa registrar que no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da legalidade tem sua base constitucional fincada no artigo 5º, II, da Constituição Federal, e mais especificamente no que tange ao Direito Penal vem enunciado também no artigo 5º, XXXIX, da Carta Política e no artigo 1º do Código Penal Brasileiro<sup>62</sup>.

Portanto, pelo princípio da legalidade criminal alguém só pode ser punido se, anteriormente ao fato por ele praticado, existir uma lei que o considere crime. Ainda que o fato seja antissocial ou imoral, não haverá possibilidade de se punir o autor, sendo irrelevante a circunstância de entrar em vigor, posteriormente, uma lei estabelecendo como crime a conduta praticada<sup>63</sup>.

### 2.1.2 Princípio da lesividade

O princípio da lesividade ou da ofensividade significa que não há crime sem que haja lesão ou ameaça de perigo de lesão a um bem jurídico determinado. Sendo assim, aqueles

---

<sup>60</sup>MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1984, p. 63.

<sup>61</sup>QUINTELA DE BRITO, Teresa. *O princípio da legalidade como parâmetro de interpretação das normas penais na doutrina portuguesa*, (ob. cit.), p. 46.

<sup>62</sup>“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; Artigo 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

<sup>63</sup>MIRABETE, Julio Fabbrini e FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*, Parte Geral, 33ª Edição, Editora Atlas, São Paulo, 2018, p. 39.

ataques desprovidos de qualquer idoneidade lesiva, mesmo que dirigidos a importantes bens jurídicos, não se inserem na esfera de tutela penal<sup>64</sup>.

Com efeito, o princípio da lesividade tem por objetivo evitar que as condutas que não representem ofensa a um bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico sejam tipificadas como ilícito penal. Tal princípio serve como baliza não só para o aplicador do direito, mas também é direcionado para o legislador ao eleger as condutas que serão tipificadas criminalmente.

Considerando que a finalidade primordial do Direito Penal consiste na proteção dos bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à coletividade, há de se ter em conta, portanto, que a tutela penal só se legitima quando socialmente necessária para assegurar as condições de vida e a paz social, adequando-se aos ditames superiores da dignidade da pessoa humana<sup>65</sup>.

Nessa toada, importante trazermos a baila o conceito de bem jurídico penalmente tutelado.

O bem jurídico-penal é um valor social extraído do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual, essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem. Esse conceito material do que é um bem jurídico decorre inexoravelmente de juízos de valor realizados pelo constituinte e pelo legislador ordinário, sendo válido para determinado sistema social, num dado momento histórico-cultural<sup>66</sup>.

Nas lições de José de Farias Costa, “o bem jurídico-penal é um pedaço da realidade, olhado sempre como uma relação comunicacional, com densidade axiológica a que a ordem jurídico-penal atribui dignidade penal”<sup>67</sup>.

Para Zaffaroni, o bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetem<sup>68</sup>.

A verdade é que a determinação dos bens jurídicos que merecem proteção pressupõe uma valoração pelo legislador, sendo condicionada pelo contexto histórico. Os valores predominantes em cada época condicionam o legislador no tocante à escolha dos bens jurídicos dignos de tutela penal. Importante perceber, no entanto, que a predominância de certo valor em

---

<sup>64</sup>JUNQUEIRA, Gustavo e VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal*, (ob. cit.), p. 68.

<sup>65</sup>PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, (ob. cit.), p. 87.

<sup>66</sup>PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, (ob. cit.), p. 87.

<sup>67</sup>COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal*, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2015, p. 164.

<sup>68</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, (ob. cit.), p. 462.

detrimento de outro depende não somente das necessidades sociais concretas, como também de concepções morais dominantes na sociedade<sup>69</sup>.

Esse interesse em criminalizar determinadas condutas é aferido pelo legislador, constituindo o princípio da lesividade um limite a essa atuação legiferante, uma vez que as normas incriminadoras devem ser criadas na busca da proteção de bens jurídicos.

Segundo Luiz Regis Prado, as principais funções desempenhadas pelo bem jurídico-penal são as seguintes: a) função de garantia: o bem jurídico é erigido como conceito-limite da dimensão material da norma, exercendo um papel de restrição do *jus puniendi* estatal eminentemente de índole político-criminal; b) função teleológica: o bem jurídico é considerado um critério de interpretação dos tipos penais; c) função individualizadora: como critério de medida da pena no momento concreto de sua fixação; d) função sistemática: como elemento classificatório decisivo na formação dos grupos da parte especial do Código Penal<sup>70</sup>.

A ausência de uma efetiva lesão ao bem juridicamente tutelado conduz a questionamentos acerca da violação ao princípio em testilha, a exemplo do que ocorre com os crimes de perigo abstrato.

Para uma corrente doutrinária, os crimes de perigo abstrato são inconstitucionais por violarem o princípio da ofensividade, haja vista que um fato para ser típico necessita produzir um resultado jurídico, qual seja, uma lesão ao bem jurídico tutelado<sup>71</sup>.

Assim, a mera subsunção do fato ao tipo penal previsto, sem a correspondente lesão ao bem juridicamente tutelado, seria considerada um irrelevante do ponto de vista penal, uma vez que, segundo o princípio da lesividade, não basta praticar o ato descrito na norma penal, sendo necessária também a ocorrência de ofensa a bem jurídico.

De fato, a tarefa do juiz não se reduz a uma mera subsunção do fato a norma, na qual deduziria da lei a decisão do caso concreto, pois esta não é fonte única de toda decisão judicial. Sob um certo viés utópico ou ideal, a decisão judicial será tanto mais correta na medida em que conseguir transportar o conteúdo da norma codificada para o caso a decidir, sem lhe acrescentar ou retirar nada<sup>72</sup>. As previsões normativas são recortadas da realidade fática e são constituídas

---

<sup>69</sup>CONDE, Francisco Muñoz y ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal*, (ob. cit.), p. 59.

<sup>70</sup>PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, (ob. cit.), p. 88.

<sup>71</sup>GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*, 7ª Edição, Editora Impetus, Rio de Janeiro, 2013, pp. 143 e ss.

<sup>72</sup>HASSEMER, Winfried. *Sistema jurídico e codificação: A vinculação do juiz à lei*, in KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, W. (ORG.), *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, Tradução de Marcos Kell e Manuel Seca de Oliveira, 3ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2015, p. 282.



como pressupostos para determinadas regulamentações jurídicas, só se aplicando quando presentes as circunstâncias fáticas descritas na norma<sup>73</sup>.

Mas qual seria o embasamento normativo-constitucional do princípio da lesividade para que possa ser utilizado como parâmetro no controle de constitucionalidade?

O princípio da lesividade não se encontra previsto expressamente na Carta Política Brasileira, porém Damásio de Jesus<sup>74</sup> assevera que o seu fundamento constitucional advém do conteúdo encartado no artigo 98, I, da Constituição Federal<sup>75</sup>, que dispõe sobre a competência dos juizados para processar e julgar crimes de menor potencial ofensivo.

Portanto, em matéria de incriminação, é de se observar que a escolha do bem jurídico, ou do tipo de limitação da liberdade individual, como objeto da proteção penal não é, por si só, suficiente para caracterizar uma incriminação efetivamente lesiva a direitos fundamentais. Será necessário também o exame do grau de ofensa ao bem, a partir da potencialidade lesiva abstratamente identificada, o que é feito, como regra, na fase de cominação da pena e da opção pelo regime penitenciário<sup>76</sup>.

### **2.1.3 Princípio da intervenção mínima do Direito Penal**

O sistema criminal é necessariamente seletivo, uma vez que não pode estender seus mecanismos de proteção a todos os bens jurídicos existentes, mas somente àqueles que o legislador considera essenciais ao exercício dos mais caros direitos e liberdades<sup>77</sup>.

O poder punitivo do Estado se submete ao princípio da intervenção mínima, segundo o qual o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques graves aos bens jurídicos mais importantes. Evidenciando o caráter subsidiário do Direito Penal, em face desse princípio, as perturbações mais leves da ordem jurídica devem ser objeto de preocupação e incidência de outros ramos do direito<sup>78</sup>. Desse princípio decorre o caráter fragmentário do Direito Penal, em

---

<sup>73</sup>ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Tradução de J. Baptista Machado, 11ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2014, p. 29.

<sup>74</sup>JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal, Parte Geral*, (ob. cit.), p. 10.

<sup>75</sup>“Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; (...)”.

<sup>76</sup>OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2004, pp. 21-22.

<sup>77</sup>HUNGRIA, Nelson e DOTI, René Ariel. *Comentários ao Código Penal*, Volume 1, Tomo2, 7ª Edição, Editora GZ, Rio de Janeiro, 2016, p. 386.

<sup>78</sup>CONDE, Francisco Muñoz y ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal*, (ob. cit.), p.71.

virtude do qual a defesa do bem jurídico somente deve ocorrer contra ataques de relevante gravidade, tipificando apenas parte das condutas que outros ramos do direito consideram ilícitas, bem como excluindo a punição de ações cuja afronta se limita a aspectos morais.

Para Santiago Mir Puig, o caráter fragmentário do direito penal e o princípio da subsidiariedade seriam postulados do princípio da intervenção mínima. O renomado autor espanhol pontua que o Direito Penal deixa de ser necessário para proteger a sociedade quando se pode atingir tal desiderato através de outros meios, que serão preferíveis enquanto sejam menos lesivos para os direitos individuais, revelando uma exigência inerente ao Estado Democrático e Social de Direito, de que se deve buscar o maior bem social com o menor custo social<sup>79</sup>.

Nessa esteira, o princípio da intervenção mínima estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à convivência pacífica entre os seres humanos e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa, considerada a especial gravidade da sanção penal<sup>80</sup>.

Esse princípio decorre do entendimento de que os vetores da necessidade e da utilidade devem nortear a intervenção proporcionada pela lei penal, de modo a prevalecer, sempre que possível, o caráter subsidiário, ou seja, a utilização somente nos casos em que os demais ramos do direito se mostrarem ineficazes.

Segundo Zaffaroni, o princípio da intervenção mínima representa uma limitação à intervenção punitiva estatal, com a consequente redução da violência e irracionalidade ínsitas às soluções punitivas<sup>81</sup>. Deve orientar e limitar o poder incriminador do Estado, fazendo com que uma conduta só seja criminalizada quando constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Assim, antes de se socorrer do Direito Penal, devem se esgotar os meios extrapenais de controle social<sup>82</sup>.

O fundamento constitucional desse princípio deriva da interpretação do artigo 5º, §2º, da Magna Carta Brasileira, que remete aos tratados internacionais firmados pelo Brasil, mais precisamente, no caso em estudo, ao artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, nos seguintes termos: “A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente

---

<sup>79</sup>MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1984, pp. 73-74.

<sup>80</sup>PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, Volume I, Parte Geral, (ob. cit.), p. 88.

<sup>81</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Brasileiro*, (ob. cit.), p. 80.

<sup>82</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal, Parte Geral*, (ob. cit.), p. 11.

necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”<sup>83</sup>.

Não se pode olvidar que o princípio da intervenção mínima deve, obrigatoriamente, ser atendido pelo Poder Legislativo através de critérios sólidos na elaboração das leis penais, elegendo apenas os bens jurídicos dignos de proteção pelo Direito Penal<sup>84</sup>.

Para alguns doutrinadores, a partir da segunda década do século XIX, as normas penais incriminadoras aumentaram exponencialmente, revelando um abuso na criminalização de inúmeras condutas em clara afronta ao princípio da Intervenção Mínima, dando lugar a um Direito Penal de *prima ratio* na solução social de conflitos<sup>85</sup>.

René Ariel Dotti assevera que o princípio da intervenção mínima evidencia um movimento em favor do chamado direito penal mínimo, que visa combater o expansionismo penal. Pontua ainda que esse princípio incrementa as tendências de descriminalização e despenalização, sustentando que deve haver uma redução na produção de normas penais incriminadoras apenas nos casos de absoluta necessidade para proteção de bens jurídicos fundamentais<sup>86</sup>.

## 2.1.4 Princípio da individualização da pena

Verifica-se que, desde a Antiguidade até o século XVIII, as penas eram marcadas por um caráter extremamente aflitivo, vez que, comumente, o agente respondia com seu corpo pelo mal praticado. A par disso, antes do período iluminista, a fixação da pena ficava inteiramente ao arbítrio judicial. Após o Iluminismo, esse sistema foi suplantado por outro modelo, o qual se baseava em róis de penas rígidos – a exemplo do que ocorria com o Código Penal Francês de 1791 –, deixando pouca ou nenhuma flexibilidade ao julgador, no momento de aplicar a sanção. Tal modelo também se revelou inadequado, por não permitir que o julgador sopesasse devidamente as circunstâncias do delito, para uma melhor correspondência entre o fato delituoso e a sanção penal imposta ao agente<sup>87</sup>.

A superação da arbitrariedade judicial própria do Antigo Regime e a consagração do princípio da Legalidade nos sistemas contemporâneos conduziu à exigência de que as penas

---

<sup>83</sup>HUNGRIA, Nelson e DOTTI, René Ariel. *Comentários ao Código Penal*, (ob. cit.), p. 394.

<sup>84</sup>DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*, Parte Geral, 6ª Edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2018, p. 167.

<sup>85</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manuel de Direito Penal*, Parte Geral, (ob. cit.), pp. 11-12.

<sup>86</sup>HUNGRIA, Nelson e DOTTI, René Ariel. *Comentários ao Código Penal*, (ob. cit.), p. 394.

<sup>87</sup>GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, Volume 1, 21ª Edição, Editora Impetus, Rio de Janeiro, 2019, p. 24 ss..

correspondentes a cada delito tivessem supedâneo nos diplomas normativos, notadamente nos códigos penais. Com ele se instaura o sistema de determinação legal da pena que, entretanto, não se traduz na fixação de uma pena exata e inamovível para cada conduta, mas sim o estabelecimento de margens, limitadas geralmente por um máximo e um mínimo, dentro das quais o Tribunal deve adequar a pena às circunstâncias concretas do fato e do autor. Tal sistema, conhecido como de determinação legal relativa, permite combinar as exigências do legalismo — com uma quantidade genérica de pena para o delito — com as próprias do princípio da Igualdade, isto é, com a necessidade de distinguir em cada caso concreto as específicas modulações da gravidade do fato e as características de seu autor<sup>88</sup>.

De acordo com Paganella Boschi, esse sistema de margens penais e de arbítrio judicial para a determinação da medida concreta da pena dentro das margens consagra-se em todo o mundo, em nome da certeza de que se sobreponha assim a um ótimo de justiça, que exigiria uma ponderação das diversas graduações e nuances que o mesmo fato concretamente pode revestir, quer no aspecto típico, quer no aspecto subjetivo ou nas suas relações com a personalidade do agente infrator<sup>89</sup>.

Nesse diapasão, o Decreto-Lei 2.848 de 1940, atual Código Penal brasileiro, seguindo tendência moderna, apresenta critérios para que o magistrado possa, levando em conta diversas circunstâncias e dentro dos limites estabelecidos pelo legislador, valer-se de seu livre convencimento, devidamente motivado, na fixação da pena. Este sistema possibilita ao julgador a faculdade controlada de decidir, dentre as modalidades e quantidades previstas, qual a sanção mais adequada ao agente, sem olvidar a gravidade objetiva do crime ou as suas peculiares consequências. Nas palavras de Nucci, trata-se da “fiel aplicação do princípio da Individualização da Pena, evitando-se a sua indevida padronização.”<sup>90</sup>.

O princípio da individualização da pena visa estabelecer as diretrizes e os limites da reprimenda a ser aplicada, compatibilizando o seu *quantum* com determinadas circunstâncias previstas em lei, singularizando a pena de acordo com o caso concreto e seu autor<sup>91</sup>. A quantidade da pena imposta ao autor do delito deve, portanto, ser a suficiente e necessária para os fins de prevenção e repressão penal.

Importa assinalar que a individualização da pena está consagrada no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, constituindo-se direito individual e, por conseguinte, cláusula

---

<sup>88</sup>CONDE, Francisco Muñoz y ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal*, (ob. cit.), p. 552.

<sup>89</sup>BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*, 7ª Edição, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2014, p. 54.

<sup>90</sup>NUCCI, Guilherme de Sousa. *Manual de Direito Penal*, 9ª Edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>91</sup>BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das Penas e seus Critérios de Aplicação*, (ob. cit.), p. 54.

pétreas, sem prejuízo de sua repetição e detalhamento em diplomas normativos infraconstitucionais, a exemplo do Código Penal brasileiro, que traz em seus artigos 29 e 59 disposições voltadas a garanti-lo.

Nessa esteira, o Código Penal brasileiro adotou, conforme se depreende do art. 68, o chamado sistema trifásico, no qual a pena a ser aplicada somente exsurge após o magistrado percorrer, criteriosamente, três fases distintas: 1. fixação da pena-base; 2. fixação da pena provisória; e 3. fixação da pena definitiva.

Ao estabelecer a pena-base, o juiz deverá, por expressa previsão legal, observar os critérios do artigo 59 do Código Penal brasileiro, enquanto que na segunda fase — fixação da pena provisória — deverá observar a ocorrência de circunstâncias atenuantes e agravantes e, por fim, na última etapa — fixação da pena definitiva —, a existência de causas de diminuição e de aumento de pena.

O *iter* que deve percorrer o magistrado para fins de fixação da pena homenageia o princípio da Individualização, vez que, assim procedendo o juiz, o *quantum* da sanção penal restará fixado considerando parâmetros voltados para o fato, mas também circunstâncias pessoais do agente que praticou o crime.

O artigo 59 do Código Penal brasileiro elenca nada menos que oito circunstâncias a serem consideradas pelo juiz na fixação da pena-base, estabelecendo que essa deve, ainda, estar de acordo com a necessidade e suficiência para a prevenção e reprovação do crime. A discricionariedade do julgador quanto à fixação da pena-base é, portanto, relativa.

Ademais, a exposição de motivos do Código Penal vigente proclama que o juiz, ao fixar pena, não deve ter em conta somente o fato criminoso, suas circunstâncias objetivas e consequências, mas, outrossim, o delinquente, a sua personalidade, os seus antecedentes, a intensidade do dolo ou grau da culpa e os motivos determinantes do crime. O réu terá de ser apreciado através de todos os fatores, endógenos e exógenos, de sua individualidade moral e da maior ou menor intensidade da sua *mens rea* ou da sua maior ou menor desatenção à disciplina social.

De outra parte, a análise das referidas circunstâncias volta-se, não só à função repressiva, como também à função preventiva da pena, no sentido de desestimular a delinquência, intimidando os criminosos em potencial.

Conclui-se, assim, que a necessidade de se individualizar a pena decorre exatamente do sistema de penas que vigora no Brasil, no qual a lei define apenas os limites máximo e mínimo

da sanção, deixando ao arbítrio do julgador estabelecer o montante de pena a ser aplicada dentro das balizas legais.

### 2.1.5 Princípio da culpabilidade

O princípio da culpabilidade advém da ideia que a pena criminal só deve fundar-se na constatação da possibilidade de reprovação do fato ao seu autor, como lídima expressão de justiça material inerente ao Estado Democrático de Direito delimitadora de toda responsabilidade penal<sup>92</sup>.

No direito brasileiro, o princípio encontra-se implicitamente agasalhado, em nível constitucional, no artigo 1º, III (dignidade da pessoa humana), corroborado pelos artigos 4º, II (prevalência dos direitos humanos), 5º, *caput* (inviolabilidade do direito à liberdade), e 5º, XLVI (individualização da pena), da Constituição da República Federativa do Brasil<sup>93</sup>.

O primado *nulla poena sine culpa* encontra-se expressamente enunciado no artigo 19 do Código Penal brasileiro: “Pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente.”

Com a adoção do princípio da culpabilidade, repudia-se a responsabilidade penal objetiva ou pelo resultado fortuito decorrente de atividade lícita ou ilícita<sup>94</sup>. Nessa esteira, o princípio da culpabilidade obriga, no plano da tipicidade, a proibição de conduta que não se subsuma aos conteúdos subjetivos que integram os conceitos de dolo e de culpa, evitando por consequência a responsabilidade objetiva<sup>95</sup>.

Para René Ariel Dotti, um sistema jurídico próprio de um Estado Democrático de Direito rejeita a periculosidade como fundamento ou limite da pena, assim como ocorre nos regimes autoritários quando a imprecisão das normas incriminadoras se acumplicia com o caráter fluido do estado perigoso e permite a imposição de uma sanção de caráter evidentemente preventivo<sup>96</sup>.

Ao se analisar o princípio da culpabilidade como fundamento da pena, atribui-se ao mesmo um caráter retributivo, ligado a ideia de compensação por um mal perpetrado, o que reflete a vontade do autor, partindo do pressuposto de que esse possui capacidade de auto-

---

<sup>92</sup>PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, Volume I, Parte Geral, 15ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017, p. 84.

<sup>93</sup>PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, (ob. cit.), p. 84.

<sup>94</sup>PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*, (ob. cit.), p. 85.

<sup>95</sup>DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*, Parte Geral, 6ª Edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2018, p. 163.

<sup>96</sup>DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal, Parte Geral*, (ob. cit.), p. 162.

determinação. Por outro lado, quando se pensa no princípio da culpabilidade como limite da pena, esse corresponde à finalidade preventiva da pena.

Com efeito, infere-se que o princípio da culpabilidade pode ser entendido sob três enfoques: (1) repúdio à responsabilidade objetiva, de maneira que só se justifica a punição quando o resultado lesivo ou perigoso ao bem jurídico resultar de dolo ou culpa; (2) punição condicionada à reprovabilidade da conduta, considerando o fato de que o agente poderia agir de outro modo, mas não o fez; (3) culpabilidade como fundamento e limite da pena, de modo que a sanção só deva ser aplicada se houver justificativa para tal, além da necessidade de que o patamar da sanção seja adequando ao grau de culpabilidade do agente<sup>97</sup>.

## **2.2 A “sociedade do medo” e a expansão da criminalidade organizada**

O Brasil vem vivenciando nos últimos anos um agudo e sensível aumento da criminalidade organizada, o que reflete diretamente numa onda de terror que se espalhou na população causando um sentimento de insegurança e medo.

A implantação da democracia e de inúmeros direitos fundamentais através da Constituição Cidadã de 1988 não tivera o condão de atenuar o problema da criminalidade, na verdade a onda delitiva ganhou contornos de “tsunami” nos últimos anos, revelando um cenário de insegurança que acaba por dificultar o próprio usufruto dos direitos fundamentais mais básicos pelo indivíduo, com a negação quase absoluta de sua cidadania.

Só para se ter uma idéia do caos propagado pelas organizações criminosas no Brasil, podemos citar alguns episódios que ilustram bem essa triste realidade.

Marcio Colmerauer, especialista em segurança pública no Rio de Janeiro, descreve um destes episódios: “(...) com a morte do menino João Hélio (o garoto que ficou preso no cinto de segurança, durante um assalto, sendo arrastado pelas ruas do Rio de Janeiro, morrendo) em fevereiro de 2007, uma viatura da PM foi colocada no local onde o veículo da família fora roubado, buscando levar uma sensação de segurança ao lugar. No dia 1º de maio, um grupo de traficantes da Vila Cruzeiro, em um Astra, armados de fuzis, atacou a guarnição e matou, com mais de trinta tiros, os soldados Marco Antônio e Marcos André. Eles foram enterrados lado a lado sob grande comoção e honras militares. Até aquele dia, a PM havia perdido 51 homens em quatro meses, uma estatística estarrecedora, levando-se em conta que na polícia de Nova York morriam, em média, apenas dois policiais por ano (...). Não lutávamos apenas contra uma facção

---

<sup>97</sup>JUNQUEIRA, Gustavo e VANZOLINI, Patrícia. *Manual de Direito Penal*, Parte Geral, 4ª Edição, 2018, Editora Saraiva, São Paulo, pp. 76-77.

que vendia drogas e explorava outros tipos de crimes. O Estado lutava contra quem queria guerra, desejando impor um estado de violência e medo. Em outros países, chamam isso de terror”<sup>98</sup>. Diante dessa situação caótica de violência na cidade do Rio de Janeiro é que inclusive fora decretada intervenção federal na segurança pública no começo do ano de 2018. Sobre esta situação, alguns dados da pesquisa “Rio sob intervenção” realizada entre os dias 20 e 22 de março de 2018 oferecem uma visão ampla sobre medo, risco e vitimização da população carioca, destacando-se que 92% dos cariocas têm medo de ser ferido ou morto em um assalto, bem como de ser atingido por uma bala perdida<sup>99</sup>.

Infelizmente, esses episódios de violência extrema cometidos por sujeitos integrantes de organizações criminosas fortemente armadas e sanguinárias não são fatos isolados. O terror e o medo com que subjugam as pessoas são marcas indelévels do seu modo de agir, chegando-se até mesmo ao cúmulo de expulsarem cerca de 130 famílias de seus lares entre os meses de novembro de 2017 e julho 2018 na cidade de Fortaleza<sup>100</sup>.

Assim é que forçoso se faz reconhecer que a violência e a sensação de insegurança, foram consideravelmente intensificadas principalmente pelo tráfico de drogas e armas, pela corrupção e pelo crime organizado, realidade sentida na pele pelo cidadão brasileiro e que alterou significativamente o seu modo de vida.

Diante desse quadro, deveria emergir uma resposta estatal condizente com a gravidade da ameaça que contamina o âmago da sociedade brasileira. Contudo, não é o que se vê. O eixo gravitacional das atividades ilícitas encontra-se determinado por um Estado que se recusa a dar cobertura legal a certas atividades, gerando, nesse setor específico, condições de anarquia. Essa proibição provoca vazios, que em termos de poder são substituídos por dinâmicas extraestatais de regulamentação, o que implica que as regras de operação das organizações situadas à margem da lei sejam diferentes. Nesse cenário, a força ocupa um lugar preponderante não pela irracionalidade dos atores, senão pela racionalidade de um cálculo estratégico: ao não contar com o instrumental codificado em leis impessoais provenientes do Estado, a forma pela qual se supera esse obstáculo é com o emprego de violência para solucionar os conflitos<sup>101</sup>.

---

<sup>98</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Direitos Humanos versus Segurança Pública*, 2016, Editora Forense, Rio de Janeiro, pp. 48-49.

<sup>99</sup>Disponível em: <<https://fase.org.br/pt/informe-se/artigos/estimular-o-medo-para-controlar-a-sociedade/>>. Acesso em 25.03.2018.

<sup>100</sup>Disponível em: <<https://www.opovo.com.br/noticias/fortaleza/2018/08/mais-de-500-pessoas-foram-expulsas-de-casa-por-faccoes-criminosas-nos.html>>. Acesso em 19.09.2018.

<sup>101</sup>PEREIRA, Flávio Cardoso. *Crime Organizado e sua infiltração nas instituições governamentais*, 2ª Edição, Fórum Conhecimento Jurídico, Belo Horizonte, 2017, p. 45.



Ora, a partir do momento em que o Estado não responde aos anseios da coletividade, seja em matéria legislativa, seja em matéria de políticas públicas, cria-se uma possibilidade de surgimento de fragmentados “aparatos de poder” ilegais, os quais buscam a todo custo, através da implantação de um “Estado Paralelo”, construir um arcabouço de controle de poder sobre praticamente todas as esferas sociais e governamentais<sup>102</sup>.

Mais especificamente no caso brasileiro, a compreensão dos motivos do aumento da criminalidade e da insegurança está longe de ser objeto de consenso entre os estudiosos. Todavia, importa destacar dois eixos principais que tentam explicar tal fenômeno. O primeiro diz respeito ao conjunto de mudanças pelas quais a sociedade brasileira vem passando desde a segunda metade do século XX, com adoção de processos acelerados de urbanização, industrialização, crescimento econômico, diversificação do setor de serviços, globalização, com reflexos profundos nas relações sociais. Essas mudanças teriam influenciado diretamente na estratificação social e por conseqüência no enfraquecimento da confiança dos cidadãos nas instituições encarregadas de oferecer segurança à população, o que possibilitou a abertura de um vácuo propício para a entrada avassaladora do crime organizado entre as classes populares, principalmente através do tráfico de drogas. Já o segundo eixo de explicações diz respeito a malfadada consolidação no Brasil do monopólio estatal legítimo da força e sob essa hipótese, a emergência e disseminação do crime organizado contribuíram ainda mais para enfraquecer a capacidade do poder público de exercer o controle legal sobre o crime, ainda mais num contexto de legislações ultrapassadas, agentes públicos de segurança despreparados, estrutura dos órgãos de segurança deficitária e outros inúmeros fatores. Essas motivações na verdade não são excludentes entre si, mas se complementam<sup>103</sup>.

Não podemos cair na tentação de abraçar o discurso que associa automaticamente o aumento dos índices de criminalidade à carência de recursos financeiros que abrange significativa parcela da população brasileira. Muito embora vários estudos apontem avanços nos indicadores de educação, saúde e saneamento básico, bem como uma redução da pobreza absoluta na sociedade brasileira entre 1980 e 2000, essa realidade não veio acompanhada da redução das taxas de criminalidade e violência, revelando que o crescimento da criminalidade

---

<sup>102</sup>PEREIRA, Flávio Cardoso. *Crime Organizado e sua infiltração nas instituições governamentais*, (ob. cit.), p. 43.

<sup>103</sup>FABRETTI, Humberto Barrinuevo. *Segurança Pública: Fundamentos Jurídicos para uma Abordagem Constitucional*, São Paulo, Editora Atlas, 2014, p. 74.

na sociedade brasileira nesse período não foi determinado essencialmente pelas condições socioeconômicas, a despeito do que não se pode negar a influência desse fator<sup>104</sup>.

Sem dúvidas, a evolução da tecnologia e da criminalidade ocorrida nos últimos anos fez brotar uma série de fenômenos sociais peculiares, a partir dos quais se desenvolveu uma nova sociedade, denominada “sociedade de riscos”. Referida sociedade manifesta-se, segundo o sociólogo alemão Ulrich Beck, como uma verdadeira e real institucionalização da insegurança. Assim é que resta evidenciada a existência de vinculação entre o progresso técnico e o desenvolvimento das formas de criminalidade organizada que operam a nível nacional e internacional, constituindo, claramente, um dos novos riscos não só para os indivíduos, mas também para o próprio Estado. Trata-se verdadeiramente de uma ameaça à segurança humana, a qual hoje deve ser considerada como elemento fundamental de manutenção da paz e da tranquilidade social<sup>105</sup>.

Por certo que esse fenômeno não se fez sentir apenas no Brasil, inclusive Jesus Maria Silva-Sanchez já havia mencionado a expressão “sociedade do medo”, ao evidenciar que nessa época pós-industrial as sociedades estavam sendo marcadas por uma expansão da sensação geral de insegurança<sup>106</sup>.

Impende destacar que a criminalidade contemporânea se caracteriza como uma delinquência não convencional, cujo perfil assume inúmeras formas de manifestação, o que demanda do Estado uma vigorosa e concreta resposta aos fenômenos delitivos de maior gravidade. Efetivamente, nas últimas décadas, produziram-se transformações de significativa relevância com relação à criminalidade no âmbito mundial e assim, enquanto as atividades delitivas clássicas eram praticadas, basicamente, de maneira individual e isolada, observa-se na atualidade a evolução para a criminalidade a cargo de grupos de delinquentes bem estruturados, e que assumem o labor do crime como verdadeira empresa<sup>107</sup>.

Em que pese o abrupto destaque que vem se dando ultimamente ao avanço das organizações criminosas, tais não foram concebidas numa época recente, porquanto, em maior ou menor escala, sempre existiram grupos que se uniam com a finalidade de praticar crimes de

---

<sup>104</sup>SAPORI, Luís Flávio. *Segurança Pública no Brasil: Desafios e Perspectivas*, 5ª reimpressão, Editora FGV, 2017, pp. 98-99.

<sup>105</sup>CALABRICH, Bruno e outros (ORG.). *Garantismo Penal Integral: questões processuais e penais, criminalidade organizada e aplicação do modelo garantista no Brasil*, 4ª Edição, Verbo Jurídico Editora, Porto Alegre, 2017, p. 573.

<sup>106</sup>SILVA-SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La expansion del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales*, 3ª Edição, Madri, Edisofer, 2011, p. 20.

<sup>107</sup>CALABRICH, Bruno e outros (ORG.). *Garantismo Penal Integral: questões processuais e penais, criminalidade organizada e aplicação do modelo garantista no Brasil*, 4ª Edição, Verbo Jurídico Editora, Porto Alegre, 2017, p. 573.

maneira organizada e hierarquizada. O desenvolvimento do crime organizado, notadamente após a Guerra Fria, demonstra que a revolução tecnológica ocorrida nesse período, e que gerou profundas transformações nos meios de comunicação e de transporte, não serviu apenas para a globalização da economia, mas também para a globalização do crime. Isso porque referidas transformações ocorreram a tal velocidade que os governos se viram incapazes de controlar a movimentação de bens, serviços, pessoas e ideias em seus países<sup>108</sup>.

Independentemente do tipo de atividade ilícita desenvolvida e da sua localização geográfica, pode-se afirmar que as organizações criminosas têm como seu principal objetivo a busca incessante por lucro e dinheiro. Nos alerta Giovanni Quaglia que o crime organizado funciona como uma holding, na qual a droga é o item mais lucrativo de um negócio que gira em torno de US\$ 1 trilhão por ano. Continua pontuando que os segmentos mais lucrativos do crime organizado são, em primeiro lugar, o tráfico de drogas, sobretudo a cocaína, a heroína e as drogas sintéticas como o ecstasy e as anfetaminas; em segundo está o tráfico de armas; e na sequência estão o tráfico de seres humanos para fins de prostituição, o comércio de órgãos e o trabalho escravo; ressalta ainda que a corrupção e a lavagem de dinheiro são atividades comuns ao crime organizado<sup>109</sup>.

Nessa esteira, infere-se que o crime organizado, em qualquer lugar do mundo, possui características similares, podendo assim ser resumidamente elencadas: (1) necessidade de “legalizar” o lucro obtido ilicitamente (lavagem de dinheiro, reciclagem de capitais); (2) alto poder de corrupção; (3) alto poder de intimidação, manifestado inclusive pela chamada “lei do silêncio”; (4) conexões locais e internacionais, o que corrobora a idéia de uma globalização do crime organizado; (5) estrutura piramidal das organizações criminosas; (6) substituição do Estado nas comunidades, de maneira a atuar como verdadeiro Estado Paralelo; (7) caráter mutante, ou seja, as organizações criminosas utilizam empresas de fachada, pessoas de frente (laranjas) e de contas bancárias específicas, que são alteradas de tempos em tempos de maneira a evitar qualquer rastro incriminador; (8.) alto grau de operacionalidade, dispondo de pessoas altamente qualificadas nas diversas áreas de atuação, bem como de recursos tecnológicos<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup>ROBINSON, Jeffrey. *A Globalização do Crime*, Tradução Ricardo Inojosa, Ediouro, Rio de Janeiro 2001, pp. 14-16.

<sup>109</sup>MICHAEL, Andréa. *Crime Organizado funciona como holding, diz estudioso*. Folha. Disponível em: Acesso em: 03 de outubro 2018.

<sup>110</sup>CAMPOS, Lidiany Mendes e SANTOS, Nivaldo dos. *O Crime Organizado e as prisões no Brasil*, disponível em: <[https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/60/O%20Crime%20Organizado%20e%20as%20pris%C3%83%C2%B5es%20no%20Brasil\(1\).pdf](https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/60/O%20Crime%20Organizado%20e%20as%20pris%C3%83%C2%B5es%20no%20Brasil(1).pdf)>. Acesso em 03 de outubro de 2018.

Nesse ponto, uma indagação acerca do que é uma organização criminosa merece ser brevemente esclarecida. A atuação de uma organização criminosa se refere ao agrupamento de número considerável de pessoas com caráter de habitualidade, as quais baseadas no respeito à organização hierárquica, e contando com uma estrutura logística, própria de uma corporação empresarial, buscam através de práticas de delitos graves e com destacada repercussão social a obtenção de vantagens econômicas com larga margem de lucratividade<sup>111</sup>.

A Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013, traz um conceito legal sobre organização criminosa no Brasil ao dispor em seu artigo 1º, §1º “Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.”

Noutro giro, importa destacar que as organizações criminosas encontram-se disseminadas pelo Brasil em praticamente todos os presídios, bem como nos mais diversos segmentos da sociedade brasileira. A crise do sistema penitenciário brasileiro, decorrente da superlotação dos presídios, das condições precárias dos estabelecimentos prisionais, da ausência de recursos humanos e materiais, e de inúmeras outras mazelas, vem produzindo consequências extremamente perniciosas à sociedade, de maneira a criar um ambiente fértil para a proliferação das facções criminosas.

Michel Foucault, ainda no século passado, já havia alertado para o perigo que as prisões representavam no contexto do aumento da criminalidade, ao mencionar que estas favorecem a organização de um meio de delinquentes, solidários entre si, hierarquizados, prontos para todas as cumplicidades futuras. Assinala ainda o referido autor que nesses presídios é realizada a educação do jovem delinquentes que está em sua primeira condenação: “O primeiro desejo que nele nascerá será de aprender com os colegas hábeis como se escapa aos rigores da lei; a primeira lição será tirada dessa lógica cerrada dos ladrões que os leva a considerar a sociedade como inimiga; a primeira moral será a delação, a espionagem honrada nas nossas prisões; a primeira paixão que nele será excitada virá assustar a jovem natureza por aquelas monstruosidades que devem ter nascido nas masmorras e que a pena se recusa a citar [...] ele agora rompeu com tudo o que o ligava à sociedade”<sup>112</sup>.

---

<sup>111</sup>PEREIRA, Flavio Cardoso. *Crime Organizado e sua infiltração nas instituições governamentais*, 2ª Edição, Fórum Conhecimento Jurídico, Belo Horizonte, 2017, p. 56.

<sup>112</sup>FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da prisão*, tradução de Raquel Ramalhete, 42ª Edição, Editora Vozes, Rio de Janeiro, 2017, pp. 261-262.

Nessa linha de pensamento, Beccaria afirmou que “Os homens no estado de escravidão são sempre mais debochados, mais covardes, mais cruéis do que os homens em estado de liberdade. Estes investigam as ciências; ocupam-se com os interesses do país; vêem os objetos de um ponto de vista elevado e fazem grandes coisas. Contudo, os escravos, contentes com os prazeres do momento, buscam no ruído do deboche uma distração para o aniquilamento em que estão imersos. Toda sua existência está rodeada de dúvidas e, como para eles os crimes não estão determinados, não conhecem as suas conseqüências: e isso dá nova força à paixão que os leva a praticá-los”<sup>113</sup>.

Esse quadro de expansão do crime organizado tem repercussão direta na escalada geométrica de diversos crimes de destacada gravidade. Um exemplo disso, é que a partir de 1989, a morte violenta passou a ser a principal causa de mortalidade no Brasil. A difusão com a respectiva facilidade na aquisição de armas de fogo no mercado paralelo e o desenvolvimento de uma rede estruturada de tráfico de drogas, que mistura o crime organizado e a polícia, acabaram por propagar o crime e o medo do crime por todo o território brasileiro<sup>114</sup>.

Calha registrar que, segundo o Conselho Nacional do Ministério Público, de 50 mil homicídios ocorridos no país por ano, apenas 4 mil, ou seja, 8% (oito por cento), têm o autor descoberto e preso, evidenciando a estrutura ineficiente dos órgãos de investigação<sup>115</sup>.

Portanto, em linhas gerais esse é o quadro dramático em que se encontra imersa a sociedade brasileira. Assim, diante dessa penosa realidade social, marcada por uma vertiginosa escalada de violência, é que se afigura imprescindível que se repensem as formas de elaboração e aplicação das normas, de modo a garantir aos bens jurídicos mais relevantes a devida proteção. Com a violência se espalhando pelo país, o desafio no combate à criminalidade é cada vez maior.

## **2.3 Do direito fundamental à segurança pública**

Desde a gênese da noção de Estado moderno, enquanto sociedade politicamente organizada, foi a própria necessidade dos indivíduos de terem o mínimo de segurança frente às diversas ameaças que o afligiam, que fez com que aquiescessem com o “pacto social”, de modo

---

<sup>113</sup>BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*, Tradução Torrieri Guimarães, 6ª Edição, Editora Martin Claret, São Paulo, 2018, p. 95.

<sup>114</sup>WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*, Tradução André Telles, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1999, p. 8.

<sup>115</sup>“O índice de elucidação dos crimes de homicídio é baixíssimo no Brasil. Estima-se, em pesquisas realizadas, inclusive a realizada pela Associação Brasileira de Criminalística, 2011, que varie entre 5% e 8%.” Disponível em: <[http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio\\_enasp\\_FINAL.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf)>. Acesso em 25.03.2017.

a entregarem parcela de suas liberdades a uma entidade dotada de poderes que fosse capaz de protegê-los, fator que legitimava e ainda continua a legitimar o Estado perante a comunidade.

Nessa linha, os expoentes iluministas do pacto social reconhecem que a principal motivação que leva os seres humanos a reunirem-se e a erigir, em conjunto, um poder político para os governar é, precisamente, a busca de segurança e de paz. Como bem pontuara Thomas Hobbes, “Se um Monarca, ou uma Assembleia Soberana, conceder Liberdade a todos ou a alguns de seus Súditos, e se a manutenção dessa Concessão o impedir de garantir a segurança, então a Concessão será nula; a menos que ele renuncie diretamente a sua Soberania ou a transfira para outra pessoa.” Assim, Hobbes entende que a obrigação dos súditos com o soberano deve durar enquanto durar seu poder de proteger os súditos<sup>116</sup>.

Beccaria mencionara que “Se prodigalizardes luzes ao povo, a ignorância e a calúnia desaparecerão diante delas, a autoridade injusta tremerá, somente as leis ficarão inabaláveis, todo-poderosas, e o homem esclarecido amará uma constituição cujas vantagens são notórias, quando conhecidos os seus dispositivos, e que dá fundamentos sólidos à segurança pública. Poderá ele lamentar essa inútil parcela de liberdade de que se privou, se a comparar com a soma de todas as demais liberdades que os seus concidadãos sacrificaram, e se pensar que, sem as leis, estes últimos poderiam armar-se e unir-se contra ele?”<sup>117</sup>.

Na verdade, mais do que uma característica do Estado de Direito, nas suas diferentes configurações – liberal, social, pós-social ou de direitos fundamentais –, a segurança dos indivíduos é, sobretudo, uma característica do Estado enquanto tal, uma função que precipuamente lhe assiste e que faz parte do seu próprio conceito. Pode mesmo afirmar-se que a função de segurança do Estado representa um daqueles momentos de continuidade na evolução histórica dos modelos estatais que passa incólume pelas profundas rupturas políticas das revoluções liberais<sup>118</sup>. Por isso é que a incerteza e a vulnerabilidade humanas são os alicerces de todo poder político, fora a partir da necessidade de se combater estes efeitos secundários da condição humana que o Estado moderno surgira com a promessa de conceder a seus súditos uma proteção<sup>119</sup>.

Pode-se dizer que o maior envolvimento da sociedade civil com a segurança pública é reflexo da ligação íntima existente entre a efetividade deste direito com o bem-estar da

---

<sup>116</sup>HOBBS, Thomas. *Leviatã*, Tradução de Daniel Moreira Miranda, Edipro, 2015, pp. 200-201.

<sup>117</sup>BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*, Tradução Torrieri Guimarães, 6ª Edição, Editora Martin Claret, São Paulo, 2018, p. 96.

<sup>118</sup>SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, (ob. cit.), p. 15.

<sup>119</sup>FABRETTI, Humberto Barrinuevo. *Segurança Pública: Fundamentos Jurídicos para uma Abordagem Constitucional*, São Paulo, Editora Atlas, 2014, p. 45.

população. No momento em que toma corpo uma preocupação com aspectos mais qualitativos do desenvolvimento, ganha importância a reflexão sobre como conjugar a segurança pública com o fortalecimento da cidadania.

Nessa toada, mister acentuar que a noção de segurança permeou mais intensamente o pensamento europeu na época das crises do século XVII, sendo que seu significado e suas acepções alteraram-se de forma contínua ao longo do tempo. Assim é que no período iluminista a ideia de segurança tinha um viés primordialmente individual, centrado na pessoa e no senso de liberdade de perspectivas e de liberdade frente aos medos e violações pessoais, sendo, portanto, concebida em termos de liberdade em face de ataques pessoais. Já a partir do século XIX, a palavra segurança assume um novo significado, no qual é vista como um bem coletivo e não mais individual, enaltecendo uma concepção militar de segurança dos Estados. Após o término da Guerra Fria, no final da década de 1990, surgiram novos interesses políticos, de forma que a segurança dos indivíduos passou a ser objeto de uma política internacional no sentido de uma “segurança humana”<sup>120</sup>.

Diante desse quadro, importa destacar que a segurança humana recomenda que as políticas de segurança e as análises sobre segurança que pretendam ser efetivas e legítimas precisam focar no indivíduo como principal beneficiário. Nessa toada, o Relatório de Desenvolvimento Humano das Nações Unidas de 1994 revela bem essa preocupação acerca da temática da segurança, trazendo a lume uma nova vertente, superando a anterior que era restrita e militarizada, com a concepção de uma segurança humana.

Este documento reconhece inúmeras ameaças à segurança humana, elencando as seguintes: insegurança econômica, alimentar, em matéria de saúde, ambiental, da comunidade, política e pessoal.

Com efeito, é imprescindível salientar que entre as sete categorias de insegurança previstas no informe do PNUD, os riscos da expansão e atuação da delinquência organizada enquadram-se naquelas denominadas de “insegurança econômica (corrupção e lavagem de dinheiro)”, “insegurança de saúde” (tráfico de drogas e de órgãos humanos) e “insegurança pessoal” (tráfico de armas e de pessoas), ressaltando-se que esta última espécie refere-se de modo particular à violência física, seja ela perpetrada pelo Estado, seja por outros Estados, uns contra os outros, ou, por fim, seja de um grupo de pessoas contra determinado indivíduo ou

---

<sup>120</sup>FABRETTI, Humberto Barrinuevo. *Segurança Pública:...* (ob. cit.), p. 45 e seguintes.

contra a coletividade, como no caso de atuação de delinquência organizada de caráter transnacional<sup>121</sup>.

De pronto, podemos perceber que o leque de abrangência da expressão “segurança humana” abarca uma série elástica de bens e valores caros ao ser humano, como um conceito emergente significa a segurança das pessoas – segurança física, bem-estar econômico e social, respeito pela dignidade da pessoa humana, proteção dos direitos e liberdades fundamentais, todavia para o presente estudo o que nos interessa é a categoria da segurança humana ligada à insegurança pessoal.

A segurança pessoal vincula-se à violência física da qual uma pessoa pode ser vítima, buscando proteger o indivíduo em sua vida, integridade, patrimônio contra os riscos oriundos de práticas delitivas. Nesse contexto, a delinquência se apresenta como um dos maiores problemas das sociedades contemporâneas e uma das maiores fontes de ansiedade para os indivíduos, sendo uma preocupação constante a liberdade em relação ao medo<sup>122</sup>.

Devemos ter em conta que existe uma divergência quanto à expressão segurança pública, mas para os fins deste trabalho nos filiamos a corrente que a identifica como sinônimo de segurança pessoal e segurança cidadã, entendidas aqui como um aspecto da segurança humana<sup>123</sup>.

A segurança pública é definida na Constituição Federal em seu artigo 144, *caput*, como dever do Estado, de direito e responsabilidade de todos os cidadãos, voltada para preservação da ordem pública e incolumidade das pessoas e do patrimônio. Reconhecido o dever do Estado, são as polícias seu instrumento de atuação, definidas, na Carta Magna, como os órgãos por meio dos quais a segurança pública é exercida. Segurança pública pode ser conceituada como "(...) o conjunto de processos políticos e jurídicos destinados a garantir a ordem pública na convivência de homens em sociedade".

Portanto, há uma distinção entre segurança pública e ordem pública, isto é, enquanto aquela é um conjunto de processos, essa última é "um conjunto de atitudes, medidas e ações adotadas para garantir o cumprimento das leis de modo a evitar, impedir e eliminar a prática de atos que perturbem essa ordem pública", em suma, a defesa pública. Ademais, a política de segurança pública tem natureza impositiva, ou seja, não está na esfera de discricionariedade do administrador optar em implementá-la ou não, porque se trata de imposição constitucional.

---

<sup>121</sup>PEREIRA, Flavio Cardoso. *Crime Organizado e sua infiltração nas instituições governamentais*, 2ª Edição, Fórum Conhecimento Jurídico, Belo Horizonte, 2017, p. 44.

<sup>122</sup>FABRETTI, Humberto Barrinuevo. *Segurança Pública: Fundamentos Jurídicos para uma Abordagem Constitucional*, (ob. cit.), p. 56.

<sup>123</sup>FABRETTI, Humberto Barrinuevo. *Segurança Pública:... (ob. cit.)*, p. 67.



O direito à segurança também vem estampado em outros dispositivos da Constituição Federal, inclusive no artigo 5º, *caput*, inserido no título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), mais especificamente, no capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) e no artigo 6º, inserido também no título II, mas agora no capítulo II (Dos Direitos Sociais).

Ora, a expressão segurança encartada nos referidos dispositivos constitucionais não vem acompanhada do adjetivo pública, com o que se questiona qual seria seu real significado e alcance. O direito a segurança pública seria considerado um direito fundamental à luz da Constituição Federal?

A localização topográfica do direito à segurança previsto nos artigos 5º e 6º parece dar pistas acerca de sua natureza, uma vez que no primeiro se trata de um direito individual, daqueles concebidos em face de eventuais abusos cometidos pelo Estado, sob uma concepção liberal seriam os direitos fundamentais de primeira geração, e no segundo se trata de um direito social, exigindo aqui prestações positivas do Estado, os denominados direitos fundamentais de segunda geração.

Seguindo essa linha de raciocínio, Nucci pontua que os direitos individuais previstos no artigo 5º são pessoais, dizendo respeito a cada indivíduo, porquanto toda pessoa tem direito à segurança, noção essa aqui relacionada ao bem-estar, tranquilidade e paz. A segurança individual envolveria tanto a segurança jurídica de um modo geral como também a segurança contra o crime. Mas para Nucci, isso não pode ser considerado um direito individual à segurança pública, uma vez que essa não é um bem jurídico tutelado no cenário dos direitos humanos fundamentais, pois tais direitos nasceram e se desenvolveram para tutelar o bem-estar do ser humano diante do Estado<sup>124</sup>.

Ora, resta claro que o termo segurança utilizado no artigo 5º e 6º tem uma abrangência bem maior do que a expressão direito à segurança pública, abraçada no artigo 144 da Constituição Federal, porém, de modo similar ao que fora obtemperado sobre o termo segurança humana, resta evidente que nesse caso também alberga a segurança enquanto expressão voltada à proteção contra prática criminosas.

De acordo com Fabretti, a redação do artigo 144 da Constituição Federal acrescenta às dimensões genéricas do direito à segurança, previsto nos artigos 5º e 6º, uma dimensão bem específica e vinculada à questão da criminalidade. Assim, cada uma das previsões encontra

---

<sup>124</sup>NUCCI, Guilherme de Souza. *Direitos Humanos versus Segurança Pública*, 2016, Editora Forense, Rio de Janeiro, pp. 50-51.

correspondência em alguma das funções atribuídas aos direitos fundamentais por Canotilho. A previsão do artigo 5º se relaciona com primeira função dos direitos fundamentais, a função de defesa ou de liberdade, considerada enquanto proteção da pessoa humana e da sua dignidade frente os poderes do Estado; a previsão do artigo 6º se vincula à segunda função, de prestação social, o que significa o direito de o particular obter algo através do Estado (saúde, educação etc.). Por fim, ao artigo 144 é possível relacionar a terceira função dos direitos fundamentais, que é de proteção perante terceiros. Esses direitos impõem um dever ao Estado de proteger os titulares de direitos fundamentais perante terceiros, estando aí inserido o dever de proteger o direito à vida perante eventuais agressões de outros indivíduos.<sup>125</sup>

Portanto, conforme já enfatizado, o direito à segurança vem estampado em vários dispositivos da Constituição Federal, sendo considerado dever do Estado decorrente do Estado Democrático de Direito e dos objetivos fundamentais da República. Mister destacar a importância de que se reveste o efetivo respeito ao direito à segurança, com o objetivo de preservar a ordem pública, a incolumidade das pessoas e o patrimônio, revelando-se assim como meio essencial de garantir da inviolabilidade dos direitos fundamentais do cidadão, resguardando valores imprescindíveis para uma convivência social tranquila e pacífica<sup>126</sup>.

Nessa linha, o direito à segurança pública deve ser considerado indubitavelmente um direito fundamental. Em que pese o direito à segurança pública requerer logicamente prestações positivas do Estado para a sua implementação, parecendo à primeira vista se tratar de direito social, infere-se que ele encontra-se inserido na perspectiva dos direitos vinculados à vida em sociedade, direitos coletivos, direitos difusos, porquanto ligado à fraternidade, sendo considerado um direito de terceira geração devido à titularidade difusa e o caráter transindividual, em que a titularidade é de todos, sem que se possa individualizar seu titular.<sup>127</sup>

As liberdades protegidas pelo ordenamento jurídico só podem ser efetivamente gozadas com a observância do direito à segurança, não podendo ser toleradas omissões flagrantemente inconstitucionais perpetradas pela desídia de gestores públicos, fato que não se coaduna com a exigência do Estado Democrático e Social de Direito de observância dos valores mais caros à sociedade. Assim é que John Rawls assevera que a precedência da liberdade significa que ela pode ser restringida apenas para o bem da própria liberdade. Ele discorre acerca de dois tipos

---

<sup>125</sup>FABRETTI, Humberto Barrinuevo. *Segurança Pública: Fundamentos Jurídicos para uma Abordagem Constitucional*, São Paulo, Editora Atlas, 2014, p. 113.

<sup>126</sup>SANTIN, Valter Foletto. *Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 45.

<sup>127</sup>ANDRADE, Vinícius Lúcio. *Direito Fundamental à Segurança Pública: Fraternidade, Participação e Efetividade*. In: ORBIS: Revista Científica, volume 4, nº 1, 2014, p. 33.

de situação, na qual as liberdades básicas podem ser menos extensivas, embora ainda iguais para todos, ou podem ser iguais. Se a liberdade é menos extensiva, o indivíduo deve achar que, feito o balanço, tal constitui um ganho para a sua liberdade; e, se a liberdade é desigual, a daqueles que têm menos liberdade deve ser melhor protegida, sendo que em ambos os casos, a justificação é feita por referência ao sistema global de liberdades iguais para todos<sup>128</sup>.

Assim é que na Constituição se encontra o reconhecimento da liberdade como um valor positivo a ser almejado pela comunidade. A Constituição em termos jurídicos é, então, garantia de liberdade formal e substancial. Formalmente, ela delimita as hipóteses e as condições em que a liberdade pode ser restringida. Substancialmente, ela institui a liberdade como valor fundamental, que pode ser restringido, nas hipóteses indicadas, mas nunca suprimido<sup>129</sup>.

Para o saudável e almejado desenvolvimento da sociedade e do próprio ser humano considerado em sua individualidade se faz necessária a preservação de uma ordem mínima, e, ao se reconhecer o direito à segurança pública como um direito fundamental, edifica-se um monumento de responsabilidades atribuídas ao Estado, com a finalidade de salvaguardar a população da criminalidade e da violência, assegurando assim a concretização e fruição de outros direitos fundamentais de maneira mais sólida.

## **2.4 O Estado Democrático e Social de Direito e a missão pacificadora do Poder Público**

O Estado Democrático e Social de Direito foi construído após uma longa jornada evolutiva das sociedades em busca de melhores condições de vida, com a conquista e consolidação dos direitos fundamentais.

Imperioso anotar que os direitos fundamentais assumiram e até hoje ainda assumem diferentes concepções com diversas formas de aplicação e de alcance de acordo com o contexto histórico-social, normativo-temporal, cultural, filosófico e outros fatores que determinam sua abrangência.

Após a derrocada do feudalismo e surgimento do Estado moderno, o poder absoluto concentrado nas mãos do soberano acabou se transformando numa ameaça aos indivíduos, fator que alavancou os ideais da revolução liberal-iluminista no século XVIII.

Para a teoria liberal, os direitos fundamentais são direitos de liberdade do indivíduo

---

<sup>128</sup>RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, Tradução de Carlos Pinto Correia, Editorial Presença, 1971, p. 198.

<sup>129</sup>PORFÍRIO, Georgia Bajer Fernandes de Freitas. *A Tutela da Liberdade no Processo Penal*, Editora Malheiros, São Paulo, 2005, p. 50.

frente ao Estado. São estabelecidos para assegurar, em face da ameaça estatal, âmbitos importantes da liberdade individual que estão especialmente expostos, segundo a experiência histórica, à ameaça do poder do Estado, considerados então direitos de defesa<sup>130</sup>.

O ordenamento jurídico é talhado com base na vontade soberana do povo, capitaneado por uma ideologia liberalista, que apregoava uma menor intervenção estatal para possibilitar um prestígio maior às liberdades individuais, com a elevação de direitos fundamentais intangíveis e inegociáveis perante o Estado. Direitos negativos são alavancados para coibir as investidas do Estado, devendo esse se abster de interferências abusivas na esfera privada (direitos de defesa).

Os movimentos revolucionários liberais nascem e desenvolvem-se, pois, por contraposição à realidade política dos respectivos países e reagem, numa perspectiva pragmática, contra o absolutismo monárquico – contra a insegurança originada por uma determinada forma concreta de exercício do poder político – e não, naturalmente, contra a insegurança inerente à vida em comunidade, que dentro de certos parâmetros era tida como natural e inevitável<sup>131</sup>.

Tais arquétipos são rompidos, de modo que as vigas mestras do liberalismo que sustentavam o Estado de Direito são relativizadas no início do século XX após a Revolução Industrial e outros fatos históricos relevantes, na medida em que ganha relevo a exigência de prestações positivas do Estado para atenuar as desigualdades e garantir direitos sociais<sup>132</sup>. O Estado Liberal de Direito de matiz individualista, avesso a pujante carência de condições materiais dignas caras ao ser humano, já não atende as novas exigências da sociedade, notadamente de realização de uma justiça social e de integração política de todas as classes sociais<sup>133</sup>.

Esse Estado Liberal, com a pregação de uma intervenção estatal mínima, sofre profundas transformações. Vários movimentos sociais eclodem, conjuntura na qual surgem inúmeras constituições impregnadas de dispositivos que não só exigem do Estado uma proteção das liberdades individuais, numa atuação negativa, como também exigem do Estado uma atuação proativa com o escopo de resguardar direitos fundamentais sociais.

---

<sup>130</sup>BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993, p. 48.

<sup>131</sup>SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, (ob. cit.), p. 67.

<sup>132</sup>COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, 12ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2019, pp. 185-188.

<sup>133</sup>MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional Volume 1*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2016, p. 71.

Diversamente das constituições liberais, que se preocupavam somente em estruturar e limitar o poder do Estado em função da liberdade, segurança e propriedade dos cidadãos, as constituições mais recentes exigem do Estado, inclusive do legislador um atuar positivo em prol da concretização de direitos fundamentais. O Estado Democrático e Social de Direito tem seus escopos voltados para a conversão da lei em ação, em instrumento de uma vontade empenhada agora na realização de concretas finalidades e já não apenas na ordenação racional da sociedade inerente ao Estado Liberal<sup>134</sup>.

Foi assim, diante desse quadro de constatação no sentido de que a função de defesa dos direitos fundamentais não é capaz de encerrar em si toda a complexidade estrutural e funcional, que os direitos fundamentais foram ganhando ao longo do percurso do Estado de Direito e, sobretudo, que são insatisfatórias todas as tentativas de explicar a nova dimensão jusfundamental de proteção através dos parâmetros mentais da função original de defesa das outras que entretanto se desenvolveram na segunda metade do século XX, mormente, a função de prestação e a função de eficácia nas relações intersubjetivas privadas<sup>135</sup>.

Nessa toada, o advento de Constituições recheadas de amplos catálogos de direitos fundamentais de cunho social tem reflexos diretos nos desenhos da sociedade moderna, traduzindo o ideal do novo constitucionalismo, com a valorização do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como um cabedal de bens básicos para que o ser humano possa desenvolver livremente sua personalidade, de modo a assegurar uma máxima igualdade. Por isso que o Estado Social de Direito demanda direitos positivos, sendo imprescindível uma atuação estatal capaz de promover a dignidade da pessoa humana e a igualdade na maior medida possível.

O surgimento de uma nova noção de Estado Democrático de Direito, que, por agregar o conjunto de conquistas da modernidade, nas três dimensões que possuem os direitos fundamentais, constitui, na revolução paradigmática proporcionada pelo novo constitucionalismo do pós-guerra, um verdadeiro plus normativo, no interior do qual o direito é gerido pelo próprio direito, e onde o Estado deve, na sua organização, respeitar a conformação dos direitos sociais e fundamentais. Esse plus normativo, basicamente, ancora-se tanto no conceito “democrático”, como na necessidade do respeito aos direitos fundamentais, donde a realização desses direitos se torna condição de possibilidade para a própria caracterização da democracia<sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup> COUTINHO, Luís Pereira. *As Duas Subtrações – Esboço de uma Reconstrução da Separação entre as Funções de Legislar e de Administrar*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2000, pp. 99-133.

<sup>135</sup> SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, (ob. cit.), p. 64.

<sup>136</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional*, 5ª Edição, Editora Forense, 2018, p. 528.

Assim, os direitos fundamentais sociais devem ser analisados sob o enfoque da preservação de condições mínimas de subsistência que o indivíduo deve possuir para poder desenvolver suas capacidades, sedimentado referido pensamento no princípio da dignidade da pessoa humana como mínimo existencial indisponível, a ser garantido pelo Estado através de políticas públicas. Inúmeros direitos sociais foram positivados nas constituições do mundo todo com o objetivo de potencializar os valores inerentes ao princípio da dignidade da pessoa humana<sup>137</sup>.

A concepção de Estado de Direito evoluiu da base ideológica liberal original, estando hoje sedimentado o Estado Democrático e Social de Direito fundado na busca de mecanismos capazes de efetivar a justiça material com a conseqüente concretização dos direitos fundamentais que assegurem uma existência digna.

A função estatal de proteção dos direitos fundamentais assume posição de crescente destaque com a redescoberta da tradicional tarefa do Estado de garantia da segurança, à luz de uma concepção nova e mais exigente dos direitos fundamentais, na complexidade interna das suas múltiplas dimensões. Trata-se de uma reorientação da fundamentação política e jurídica, no sentido de uma imposição constitucional de proteção ativa e dinâmica dos direitos fundamentais, orientação que as revoluções liberais nunca poderiam ter logrado, porquanto quase exclusivamente empenhadas no controle e redução do potencial lesivo das intervenções estatais<sup>138</sup>.

O fato é que diante do adensamento da incerteza proporcionado pelos novos riscos da era tecnológica que aumentam a sensação de insegurança, além dos velhos perigos que justificaram a própria criação do Estado moderno, o poder público tem de enfrentar estes desafios de forma perene e eficiente, sob pena de permitir a erosão de sua própria legitimidade<sup>139</sup>.

A carta política brasileira foi lapidada com o enfoque de transformação da realidade social, na medida em que foi concebida como um sistema aberto de valores, dinâmico frente às necessidades da sociedade, notadamente frente aos avanços da criminalidade e a imperiosa necessidade de se buscar a pacificação social através de instrumentos de combate a criminalidade em âmbito legislativo, administrativo, governamental em geral.

---

<sup>137</sup>OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais, Volume I*, 2ª Reimpressão da Edição de Setembro de 2007, Editora Almedina, 2016, pp. 545 ss.

<sup>138</sup>SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, (ob. cit.), p. 71.

<sup>139</sup>SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, (ob. cit.), pp. 168-169.

### 3. Do princípio da Proporcionalidade

Das lições de Pacceli, extrai-se que o reconhecimento e a instituição de proteção a direitos fundamentais inclui, necessariamente, a afirmação da tutela, não somente das diferenças individuais, mas, também, das diferenças entre os variados interesses coletivos, que se manifestam na organização de uma sociedade cada vez mais complexa. Isto posto, há que se notar que a proteção a direitos individuais, a direitos coletivos e a direitos sociais não se faz de modo linear. É que a inserção de um rol casuístico, no texto constitucional fundante da ordem estatal, para fins de resolução dos inúmeros e imprevisíveis conflitos que poderão surgir na dinâmica da realização concreta desses direitos, é uma impossibilidade patente em si mesma. Daí por que a elaboração de determinadas normas constitucionais deve se fundar em uma ideia, ou em um sistema, mais aberto e de maior densidade abstrata, de modo a permitir a renovação e a permanente atualização de seu conteúdo, ainda que, necessariamente, deva também se firmar em estruturas axiológicas básicas, reitoras de toda a ordenação, revelando-se indispensável a proporcionalidade no papel de vetor de resolução dos conflitos<sup>140</sup>.

Nessa toada, Karl Larenz pontua que a amplitude com que a jurisprudência dos tribunais faz uso do método da ponderação explica-se, especialmente, pela ausência de uma delimitação rigorosa das hipóteses normativas dos direitos fundamentais. Os direitos, cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas que em certa medida são abertos — e, mais precisamente, esses princípios — podem, justamente por esse motivo, entrar facilmente em colisão entre si, porque a sua amplitude não está de antemão fixada. Em caso de conflito, caso se queira que a paz jurídica se restabeleça, um ou outro direito tem que ceder até certo ponto perante o outro, ou cada um entre si, mediante ponderação<sup>141</sup>.

Nessa ambiência, um princípio tem se mostrado angular e, por isso mesmo, demonstrado merecer mais apurado estudo: trata-se, como intuitivo, da Proporcionalidade.

Considerado, na atualidade, como um dos princípios nucleais do Direito, revelando sua magnitude, sobretudo, na dogmática dos direitos fundamentais, o princípio da Proporcionalidade tem sido, por vezes, colocado como verdadeiro pilar de um constitucionalismo global. Com efeito, nos últimos anos, o apelo à proporcionalidade para a justificação e argumentação de decisões judiciais vem assumindo papel de destaque no âmbito jurídico mundial, tendência esta, aliás, mui marcante no cenário brasileiro. Todavia, a utilização

---

<sup>140</sup>PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2004, p. 156.

<sup>141</sup>LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, Tradução de José Lamago, 7ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2014, p. 575.

deste importante instrumento, muito longe de estar imune a controvérsias, tem dado azo a verdadeiros embates no seio da comunidade jurídica, tendo em vista que, muitas vezes, não se faz acompanhar de uma fundamentação fulcrada em método científico objetivo e seguro, acabando por servir de amparo para decisões casuísticas, que refletem uma exacerbação da valoração pessoal do julgador.

Este exagero no subjetivismo, o qual por vezes tem sido denominado “*decisionismo*” — possivelmente com o fito de remarcar sua contraposição ao que seria considerado ótimo, na ambiência do ativismo judicial<sup>142</sup> —, torna-se mais problemático quando se trata da aplicação do princípio em tela no controle jurisdicional de constitucionalidade, uma vez que afeta diretamente o espaço de discricionariedade do Poder Legislativo, de modo a restringir a liberdade de conformação do legislador democrático, o que reflete num aumento da tensão na relação entre justiça e democracia.

Para além deste indesejável esmaecimento das fronteiras que constituem o cerne da separação de poderes, a problemática ora apresentada também tem potencial para gerar considerável insatisfação social, vez que vocacionada a inovar no cenário legislativo sem a devida legitimação conferida pelo eleitorado, além de, por outro lado, ser tendente a gerar forte sentimento de insegurança jurídica.

Assim é que a disseminação do princípio da Proporcionalidade, como método de resolução de conflitos jurídicos no contexto brasileiro, acaba por vir acompanhada de corriqueiras críticas acerca da ausência de reflexão sobre a sua pretensa racionalidade metodológica. De fato, não se pode negar a importância de tal premissa, a fim de que não se abra, por via oblíqua e dissimulada, espaço para indevido deslocamento da instância legitimada para a tomada de decisões próprias do âmbito político, que é o parlamento, para outra que carece de tal legitimação, que é o judiciário, utilizando o princípio da Proporcionalidade para reforçar, como elemento técnico, tal ativismo judicial nocivo ao sistema, porque desenfreado.

Nesta altura, mostra-se, ainda, necessário dirigir alguma atenção à problemática da alocação do princípio da Proporcionalidade no texto constitucional, no intuito de lançar luzes sobre o assunto. É que, como a Constituição brasileira não o acolheu expressamente, faz-se mister um esforço hermenêutico a mais para a sua compreensão e para demonstrar sua efetiva recepção a nível constitucional, dando azo a toda uma discussão acerca do ponto de onde

---

<sup>142</sup>“Ativismo Judicial” é uma expressão amplamente utilizada no discurso popular desde a sua introdução em 1947 em uma revista leiga por Arthur Schlesinger Jr., que usou o termo pejorativamente para descrever uma tendência dentro da Suprema Corte dos EUA.” SMITH, Steven D., COUTINHO, Luís Pereira e LA TORRE, Massimo. Judicial Activism, na interdisciplinary Approach to the American and European Experiences, Ius Gentium, volume 44, Springer, 2015, p. V.



promana sua justificativa, contenda esta que, é bem verdade, não teria vez se o referido princípio estivesse constitucionalmente expreso.

Oportuno destacar, que, embora a proporcionalidade não venha expressamente enunciada na Constituição brasileira, encontra-se descrita em diplomas legislativos esparsos pelo ordenamento jurídico, como no artigo 2º da Lei nº 9.784 de 1999, que preceitua que a Administração Pública obedecerá, dentre outros, ao princípio da Proporcionalidade.

Para Flávia D'Urso, a mudança na concepção material da constituição que alçou os princípios constitucionais à categoria de norma jurídica, redundou na consequente inevitabilidade da ocorrência de conflitos entre princípios que necessitam da máxima da proporcionalidade como instrumento para sua resolução, sendo assim o seu fundamento constitucional deriva exatamente do próprio Estado Democrático e Social de Direito<sup>143</sup>.

Já para Virgílio Afonso da Silva, a regra da proporcionalidade decorre logicamente da estrutura dos direitos fundamentais como princípios jurídicos, sendo a proporcionalidade utilizada como um mecanismo para a respectiva proteção dos direitos fundamentais<sup>144</sup>.

De sua parte, Celso de Mello, ministro do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 374.981-RS, acentuou que a proporcionalidade encontra-se implicitamente consagrada na Constituição Federal de 1988, sendo deduzida do Estado Democrático e Social de Direito e do sistema de direitos fundamentais, bem como da cláusula do devido processo legal substantivo<sup>145</sup>.

Em que pesem as divergências doutrinárias, o princípio da Proporcionalidade pode ser extraído do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, o qual abrange a parte não expressa dos direitos e garantias

---

<sup>143</sup>D'URSO, Flávia. *Princípio da Proporcionalidade no Processo Penal*, Editora Atlas, São Paulo, 2007, p. 61.

<sup>144</sup>AFONSO DA SILVA, Virgílio. *O Proporcional e o Razoável*, Revista dos Tribunais 798, pp. 23-50, 2002, p. 45.

<sup>145</sup>“O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público.

O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due process of law - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF, art. 5º, LIV).

Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador.” (RTJ 176/578-580, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno.) Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo381.htm>. Acesso em: 02/03/2019.

constitucionais, cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra, e que fazem inviolável a unidade da Constituição<sup>146</sup>.

Superada a discussão acerca da localização do princípio, cabe pontuar que Luciano Feldens pondera que o verdadeiro desafio é conferir maior concreção teórica ao exame de proporcionalidade. Um desafio que se justifica com um claro objetivo, que é o de, respeitado o espaço das decisões políticas, reduzir ao máximo a arbitrariedade da ação estatal, atuando o julgador com o menor grau de subjetivismo possível. Considerando que retirar por completo a subjetividade do âmbito das decisões jurídicas é impossível, adensar o argumento parece ser o melhor caminho<sup>147</sup>.

Por sua vez, Vitalino Canas assevera que a grande tarefa que desafia estudiosos e operadores do Direito é fugir a este “diálogo de surdos” e desenhar uma concepção de princípio da Proporcionalidade que cumpra pelo menos dois desideratos, difíceis, mas não inconciliáveis: primeiramente, contribuir para a preservação da unidade e integridade da ordem constitucional, que evite sua fossilização, mas, ao mesmo tempo, não fuja à formalização, sendo bastante que evite uma estrutura e uma metódica “totalmente ocasional, casuística ou ao sabor das circunstâncias”; em segundo lugar, evitar ser um “fator de diluição de direitos” ou mote que possa servir de pretenso justificador para que se regresse a concepções que os vêem como construções condenadas pela obsolência<sup>148</sup>.

Feitas todas essas considerações, cumpre, por conseguinte, sintetizar e enfatizar que, considerando que, consoante já delineado, o conhecimento das implicações da proporcionalidade e de sua aplicação na prática constitucional repercutem intensamente na máxima eficácia dos direitos fundamentais. Portanto, longe de negar sua relevância, extrai-se de seu estudo que a melhor solução para os vieses apresentados demonstra passar pelo reconhecimento de que o princípio da Proporcionalidade deve assumir o papel de instrumento metodológico a ser utilizado na resolução dos conflitos entre princípios constitucionais, valendo-se o julgador, para legitimar tal uso, de critérios que garantam a maior cientificidade possível à sua atuação.

---

<sup>146</sup>BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 24ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo, 2009, p. 436.

<sup>147</sup>FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: A Constituição Penal*, 2ª Edição, Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 3034.

<sup>148</sup>CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. *O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos*, Tese elaborada para obtenção do grau de Doutor em Direito, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2016, p. 25.

Assim, ganhando amplo destaque a sua aplicação, principalmente quando se está a tratar de direitos fundamentais, ocasião em que uma possível relação de colisão desaguará na maior ou menor satisfação de um destes direitos em detrimento de outro, tal uso pode — e deve — vir, em verdade, para reforçar a integridade do sistema normativo, enquanto conjunto de valores ponderáveis, em que se deve buscar a máxima efetividade, observadas as possibilidades fáticas e jurídicas de uma determinada situação, e não de acordo com uma hierarquia apriorística e rígida.

### 3.1 Conceito e origens

A noção de proporcionalidade vem sendo colmatada ao longo de séculos, tendo, já na Antiguidade, Aristóteles afirmado que o próprio senso de “justo” se aproximaria da ideia de “proporcional”, enquanto que o comedimento ou a moderação (“meio-termo”) seriam sinônimos deste. Nesta ordem de ideias, injusto seria aquilo que violasse a proporcionalidade, perpassando pela regra da reação (útil, necessária e adequada) a uma agressão sofrida (*justitia vindicativa talionica*), raciocínio que influenciou o pensamento jurídico filosófico de Dante, Hugo Grócio e outros, até se chegar aos séculos XVIII e XIX, ocasião em que passou a guardar relação mais estreita com as limitações administrativas da liberdade individual<sup>149</sup>.

Na Magna Carta de 1215, a ideia de proporcionalidade, subjacente ao longo do texto, passa a ser vista com maior nitidez, tal como ocorre no seguinte trecho: “Um homem livre será punido por um pequeno crime apenas, conforme a sua medida; para um grande crime ele será punido conforme a sua magnitude, conservando a sua posição (...)”.

Já no período iluminista, havia uma certa insistência na implementação do princípio da legalidade e da proporcionalidade entre os delitos e as penas, revelando-se, assim, uma primeira justificativa da pena mediante a ideia contratualista de Rousseau, para quem se devia castigar de modo veemente aquele que se opusesse ao Direito social, pois, em assim agindo, isto é, ao burlar as leis, convertia-se o indivíduo um perigoso inimigo da pátria. Na verdade, e como vem sendo indicado, a versão liberal mais difundida do pensamento iluminista legitima o poder punitivo estatal e, ao mesmo tempo, o limita, como dedução das suas próprias premissas legitimantes<sup>150</sup>.

---

<sup>149</sup>FOLETTTO, Mathias. *A proporcionalidade no Direito Penal e Processual Penal*, Editora Habitus, Florianópolis, 2017, p. 18.

<sup>150</sup>ANITUA, Gabriel Ignacio. *Historias de los pensamientos criminológicos*, Tradução de Sérgio Lamarão, Editora Revan, Rio de Janeiro, 2008, pp. 190-191.

Apesar das divergências e da falta de consenso com relação ao momento a partir do qual a busca pela proporcionalidade passa a receber atenção especial no cenário jurídico, tem-se como certo que esse cânone começou a restar melhor delineado no século XVIII, na esteira das ideias iluministas de limitação do poder, com seu espectro de incidência mais tradicional no âmbito do Poder Executivo, mais especificamente do Direito Administrativo, ramo do Direito no qual funcionava como medida de legitimidade do exercício do poder de polícia e da interferência dos entes públicos na vida privada, com o escopo de coibir medidas excessivamente gravosas aos direitos do cidadão<sup>151</sup>.

Na seara do Direito Penal, a proporcionalidade teve algumas de suas primeiras sementes lançadas nas lições de Cesare Beccaria, em meados do século XVIII<sup>152</sup>. O autor italiano asseverou que os meios de que se utiliza a legislação para impedir a prática de crimes devem ser mais fortes na proporção do grau em que o crime afronta o bem público e considerando, também, a maior ou menor probabilidade de reiteração da ocorrência, sinalizando para a necessidade do reconhecimento de que se deve guardar a devida proporção entre os crimes e as respectivas penas<sup>153</sup>.

Vitalino Canas, por sua vez, defende que o princípio da Proporcionalidade, nos moldes em que temos hoje, foi fruto da produção de juízes na Europa após Segunda Grande Guerra, particularmente depois da década de 1950<sup>154</sup>. Necessário pontuar, todavia, por tudo quanto já exposto, que os alicerces teóricos para o seu surgimento não apareceram abruptamente, mas como resultado de longo processo que culminou em sua maturação, com os contornos que ora observamos.

Em verdade, inobstante não seja exato dizer que foi somente após a Segunda Guerra Mundial (1939–1945) que o princípio em tela surgiu, pode-se afirmar que foi em tal momento histórico que a proporcionalidade deixou de influir quase que exclusivamente no Direito

---

<sup>151</sup>PEDRA, Anderson Sant'ana. *O Controle da Proporcionalidade dos Atos Legislativos, A Hermenêutica Constitucional como Instrumento*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2006, p. 189-190.

<sup>152</sup>“Se o prazer e o sofrimento são dois grandes motores dos seres sensíveis; se, entre as razões que guiam os homens em todas as suas atitudes, o supremo Legislador pôs como os mais poderosos as recompensas e os castigos; se dois crimes que afetam desigualmente a sociedade recebem idêntico castigo, o homem inclinado ao crime, não tendo que recear uma pena maior para o crime mais hediondo, resolver-se-á com mais facilidade pelo crime que lhe traga mais vantagens; e a distribuição desigual das penas fará nascer a contradição, tanto notória quanto freqüente, de que as leis terão de castigar os delitos que fizeram nascer.” BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*, tradução Torrieri Guimarães, 6ª Edição, Editora Martin Claret, São Paulo, 2018, p. 63.

<sup>153</sup>BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*, tradução Torrieri Guimarães, 6ª Edição, Editora Martin Claret, São Paulo, 2018, p. 63.

<sup>154</sup>CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. *O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos*, Tese elaborada para obtenção do grau de Doutor em Direito, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2016, p. 26.

Administrativo, passando a exercer papel de destaque também na seara do Direito Constitucional, tal como se observa analisando a Constituição Federal alemã de 1949, bem como a jurisprudência formada à época, sobretudo no Tribunal Constitucional da Alemanha – embora se diga que sua introdução no Direito Constitucional haja ocorrido, primeiro, na Suíça<sup>155</sup>.

Aliás, em dois importantes julgamentos dessa época — a saber: o “Luth-Urteil”, de 15 de janeiro de 1958, e o “Apotheken-Urteil”, de 11 de junho de 1958 —, o Tribunal de Karlsruhe firmou posição interpretativa sobre direitos fundamentais, o que abriu caminho à aplicação do princípio da Proporcionalidade em matéria constitucional da mais alta relevância. No primeiro caso, correlato ao direito de opinião, ao exercício de uma liberdade com caráter de garantia institucional, mais precisamente de garantia de instituto, e, no segundo, dizendo respeito ao livre exercício da profissão, nomeadamente às limitações que se lhe pode traçar<sup>156</sup>.

Assim, a extensão da influência da proporcionalidade para além de seus primeiros enfoques, restritos basicamente ao Direito Administrativo e ao Direito Penal, estendendo-se, gradativamente, para os demais ramos do Direito, notadamente para o Direito Constitucional, foi expansão cuja importância se acentuou na medida em que os textos constitucionais passaram a conter inúmeras previsões normativas de natureza principiológica, reclamando o permanente esforço de compatibilização de valores contrapostos.

Nas precisas lições de Paulo Bonavides, o princípio da Proporcionalidade “não constitui um direito da liberdade, mas um direito que protege a liberdade; uma garantia fundamental, ou, antes de tudo, um princípio geral de direito.” Assim é que, para toda atividade estatal, seja de ordem administrativa, seja legislativa ou jurisdicional, imperioso se faz o reconhecimento da dignidade de princípio de Direito Constitucional com que conta a proporcionalidade, irradiando sua aplicação para todo o ordenamento jurídico<sup>157</sup>.

Aqui, cumpre destacar que o princípio da Proporcionalidade, enquanto princípio de envergadura constitucional, somente pode ter compreendido seu verdadeiro alcance e conteúdo ao se considerar o advento histórico de duas concepções de Estado de Direito: uma em declínio, que se vincula doutrinariamente ao princípio da Legalidade, com apogeu no Direito positivo da Constituição de Weimar; outra, em ascensão, que, relacionada ao princípio da Constitucionalidade, deslocou para o respeito aos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica. Nessa esteira foi que a proporcionalidade começou a despontar e a ser

---

<sup>155</sup>BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 24ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo, 2009, p. 407.

<sup>156</sup>BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 24ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo, 2009, p. 408.

<sup>157</sup>BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, (ob. cit.), p. 401.

reconhecida como um princípio constitucional, a serviço do controle de constitucionalidade, como marca de Estados em que o legislador já não conta com a hegemonia das épocas em que o princípio da Legalidade se sobrepunha ao princípio da Constitucionalidade, por ausência de efetivo controle<sup>158</sup>.

Chega-se assim, por conseguinte, ao advento de um novo Estado Democrático de Direito, à plenitude da constitucionalidade material. Sem o princípio da Proporcionalidade, esta constitucionalidade ficaria privada do instrumento mais poderoso de garantia dos direitos fundamentais contra possíveis excessos — ou omissões — do legislador quanto ao preenchimento do espaço aberto pela Constituição para atuar no domínio das reservas de lei.

No Brasil, a fórmula utilizada para a aplicação do princípio da Proporcionalidade foi importada da França, na forma da figura tradicional, originária do Direito Administrativo, identificada como abuso de poder (controle de legalidade), que, convencionalmente, era aplicada no controle dos atos administrativos, mas que acabou dele desbordando e tendo seu conceito estendido, para abrigo certos casos envolvendo atos legislativos (controle de constitucionalidade)<sup>159</sup>.

Tecidas estas considerações perfunctórias acerca do surgimento da proporcionalidade, oportuno passar à análise de seu conceito.

Primeiramente, mostra-se de bom alvitre registrar a existência de controvérsia acerca da própria caracterização da proporcionalidade como princípio. Com efeito, dentro da cultura jurídica brasileira, é muito comum a utilização do termo “princípio” de forma indiscriminada para denominar qualquer norma que represente valores de destacada importância e que possuam um alto grau de generalidade ou abstração. Embora buscar a distinção precisa entre regras e princípios escape ao objetivo do presente estudo, revela-se salutar, ante o exposto, fazer uma breve digressão acerca desta temática, a fim de melhor alinhar esta análise ao contexto em que está inserido.

Alexy critica a terminologia “princípio” da Proporcionalidade, alertando para o fato de que este instituto não é um princípio, propriamente dito, mas, sim, uma máxima. Para o referido autor, o importante é deixar claro que o princípio da Proporcionalidade não é uma norma com dimensão de peso nem um mandamento de otimização: é um conjunto composto por de três elementos distintos (a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), os quais estabelecem requisitos objetivos de validade para os atos estatais. É por este motivo

---

<sup>158</sup>BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, (ob. cit.), p. 398.

<sup>159</sup>PEDRA, Anderson Sant’ana. *O Controle da Proporcionalidade dos Atos Legislativos, A Hermenêutica Constitucional como Instrumento*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2006, p. 192.

que Alexy rechaça o uso da expressão “princípio da Proporcionalidade”, propondo, em seu lugar, a utilização do termo “máxima de proporcionalidade”, o qual permitiria a melhor compreensão de que se trata de um critério complexo, composto por três critérios distintos. O autor sintetiza sua posição afirmando que o instituto que a jurisprudência alemã chama de “princípio da Proporcionalidade” não passa de uma regra complexa, constituída pela combinação de três regras menores<sup>160</sup>.

Virgílio Afonso da Silva, por seu turno, entende, igualmente, que a proporcionalidade não pode ser definida como um princípio, entretanto, seu pensamento é fundado na visão de que ela não possui efeitos uniformes, sem variações, o que a caracteriza, em verdade, como regra. Dito de outra forma, para ele, a proporcionalidade possui estrutura de regra, porque impõe um dever definitivo e sua aplicação não está sujeita a condicionantes fáticas ou jurídicas do caso concreto, consubstanciando-se, por assim dizer, numa “metarregra”<sup>161</sup>.

Penalva obtempera que a proporcionalidade é mais que um critério, regra ou elemento de juízo tecnicamente utilizável para afirmar consequências jurídicas, descortinando-se como princípio que se situa na essência do Estado de Direito, portanto, necessariamente operante, ao passo em que a exigência de sua utilização “se apresenta como uma das garantias primordiais que devem ser observadas em toda situação em que ocorrer lesão a direitos e liberdade”<sup>162</sup>.

Ocorre, porém que, navegando para águas um pouco mais profundas, tal discussão se mostra de pouca utilidade, na medida em que a ideia de princípio vocaciona-se a abranger as outras, isto é, numa visão expandida, entende-se que a noção de princípio pode conter subprincípios, regras e postulados necessários à promoção do fim a que se destina. Ademais, a expressão “princípio da Proporcionalidade” já está consagrada no meio jurídico, sustentada por larga tradição na doutrina e na jurisprudência brasileiras, e é compatível com a noção de princípio formal metodizante, a qual seria, ainda, uma outra forma de se entender a noção de postulado<sup>163</sup>.

Assim, ante o exposto, manteremos ao longo deste trabalho, o uso das terminologias princípio da Proporcionalidade e subprincípios da adequação, da necessidade e da

---

<sup>160</sup>ALEXYY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, tradução de Virgílio Afonso da Silva, Editora Malheiros, São Paulo, 2015, p. 117 ss.

<sup>161</sup>AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2ª Edição, 4ª tiragem, Malheiros Editores, 2017, p. 168.

<sup>162</sup>PENALVA, Ernesto Pedraz. *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Madrid, Akal, 1990, p. 343.

<sup>163</sup>PACHECO, Denilson Feitoza. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p. 72.

proporcionalidade em sentido estrito, com a ressalva de que, dependendo do enfoque, também abrangem as correspondentes regras, postulados ou máximas.

Ademais, ilustrando que proporcionalidade é vocábulo plurissignificativo, tem-se que esta, enquanto parâmetro de valoração dos atos estatais, é tida como passo inicial para a compreensão das insuficiências dos métodos interpretativos tradicionais, quando esses não conduzem o aplicador do direito a uma decisão tida por mais justa ao caso concreto, buscando evitar arbitrariedades e abusos<sup>164</sup>.

Em suma, apesar de se mostrar desafiadora a tarefa de se chegar a uma formulação conceitual mais tecnicamente precisa da proporcionalidade, bem como da melhor adequação dela à efetiva prática dos atores jurídicos, tal encargo conduz, metodicamente, a um aumento de objetividade e de racionalidade nas intervenções em direitos fundamentais, pois, com isso, os entes estatais, conseqüentemente, terão que explicitar mais direta e exaustivamente tais intervenções<sup>165</sup>.

Pierre Müller, ainda na década de 1970, pontuou que, em uma acepção lata, o princípio da Proporcionalidade é a regra fundamental a que devem obedecer tanto os que exercem o poder quanto os que dele padecem. Já numa acepção estrita, o sobredito jurista asseverou que o princípio da Proporcionalidade é caracterizado pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo<sup>166</sup>.

Das lições de Humberto Ávila, extrai-se que seu posicionamento é no sentido de que a proporcionalidade constitui-se em um postulado normativo, decorrente do caráter principal das normas e da função distributiva do Direito, o qual tem sua aplicação balizada pela relação meio–fim intersubjetivamente controlável<sup>167</sup>. Assim, o exame de proporcionalidade se aplica sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade, devendo ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade pretendida (adequação), de ser a menos restritiva aos direitos envolvidos (necessidade) e de a finalidade pública ser tão valiosa que justifique a restrição (proporcionalidade em sentido estrito).

Em síntese, nas precisas lições de Luís Roberto Barroso, o princípio da proporcionalidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando:

---

<sup>164</sup>PEDRA, Anderson Sant'ana. *O Controle da Proporcionalidade dos Atos Legislativos, A Hermenêutica Constitucional como Instrumento*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2006, p. 204.

<sup>165</sup>PACHECO, Denilson Feitoza. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p. 69.

<sup>166</sup>MÜLLER, Pierre. *Le Principe de La Proportionnalité*, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Neue Folge, v. 97, fasc. 3, Basel, 1978, p. 531, *apud* BONAVIDES, p. 393, (ob. cit.).

<sup>167</sup>ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, Editora Malheiros, São Paulo, 2003, p. 105.



a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado; b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual (vedação do excesso); c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha. Nessa avaliação, o magistrado deve ter o cuidado de não invalidar escolhas administrativas situadas no espectro do aceitável, impondo seus próprios juízos de conveniência e oportunidade. Não cabe ao Judiciário impor a realização das melhores políticas, em sua própria visão, mas, tão somente, o bloqueio de opções que sejam manifestamente incompatíveis com a ordem constitucional. O princípio também funciona como um critério de ponderação entre proposições constitucionais que estabeleçam tensões entre si ou que entrem em rota de colisão<sup>168</sup>.

Pode-se dizer, assim, que o princípio da Proporcionalidade é, portanto, um estado ideal de coisas a ser atingido, no qual todas as intervenções em direitos fundamentais, através não só de medidas legislativas, mas também judiciais e administrativas, somente seriam justificáveis se, previamente, tivessem sido examinadas e satisfeitas sua idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Assim, a proporcionalidade pode ser considerada uma norma imediatamente metódica, que estrutura a interpretação e aplicação de enunciados normativos que impliquem intervenções em direitos fundamentais, mediante a exigência específica de relações e critérios determinados<sup>169</sup>.

### **3.2 Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito**

Pelo princípio da Proporcionalidade em sentido amplo, a análise da produção legislativa, no que concerne a direitos fundamentais, deve ser realizada à luz dos critérios que envolvem os subprincípios que o compõem, a saber: adequação, necessidade e proporcionalidade estrito senso.

Consoante já delineado no tópico anterior, Alexy entende que o método da proporcionalidade se realiza em etapas, inicialmente com o exame da adequação, depois verificando a necessidade (traduzindo a ideia de um mandamento que determina a busca pelo meio menos gravoso) e, finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito (traduzindo a ideia de um mandamento de sopesamento)<sup>170</sup>. Somente se passa à análise da etapa seguinte caso a

---

<sup>168</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, Editora Saraiva, São Paulo, 7ª Edição, 2018, p. 300.

<sup>169</sup>PACHECO, Denilson Feitoza. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p. 71.

<sup>170</sup>ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, tradução de Virgílio Afonso da Silva, Editora Malheiros, São Paulo, 2015, p. 117.

anterior haja sido atendida. Cabe pontuar, porém, que a etapa da adequação é uma verificação fática, não jurídica, de sorte que uma norma é inadequada se não servir ao objetivo a que se propõe em um caso concreto. Assim, se uma demanda concreta puder ser resolvida fazendo-se recurso apenas a essa etapa, não será necessário percorrer as outras etapas.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, a adequação impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução dos fins que lhe são subjacentes. Consequentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o ato praticado pelo Estado é apto para e conforme os fins justificativos de sua adoção<sup>171</sup>.

Nas lições de Luís Virgílio Afonso da Silva, pode-se dizer que é adequado não apenas o meio cuja utilização serve ao alcance de um objetivo, mas, igualmente, aquele cuja utilização é capaz de promover a realização do objetivo, ainda que este não seja completamente realizado. O autor arremata, afirmando, ainda, que a medida será inadequada quando sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do fim almejado<sup>172</sup>.

Por sua vez, a etapa da necessidade leva à escolha do princípio que, dentre os aplicáveis ao caso, mostre-se tendente a causar menor dano ou a solucionar o caso de modo menos oneroso. O autor segue explicando que, se houver duas normas, N1 e N2, ambas adequadas ao caso C, em que estão em jogo os princípios P1 e P2, é necessário, antes de passar à próxima etapa, isto é, à da aplicação do princípio da Proporcionalidade propriamente dito, verificar se uma das normas pode atender a ambos os princípios de forma menos danosa.

Canotilho acrescenta que a necessidade remete à ideia de que o cidadão tem o direito à menor desvantagem possível, exigindo sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adotar outro meio, menos oneroso, para ele<sup>173</sup>.

Por suposto que o exame da proporcionalidade entre os meios empregados no diploma legislativo e a finalidade por este perseguida deve ser de tal monta a evitar um sacrifício excessivo e desnecessário dos direitos constitucionais afetados pelo emprego de tais medidas. O grau de intensidade da afetação produzida pela lei sobre os interesses constitucionalmente albergados deve ser aferido levando em consideração as duas vertentes do princípio da Proporcionalidade (proibição de excesso e proibição de proteção deficiente).

---

<sup>171</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª Edição, Coimbra, Editora Almedina, 1998, p. 101.

<sup>172</sup>AFONSO DA SILVA, Virgílio. *O Proporcional e o Razoável*, Revista dos Tribunais 798, pp. 23-50, 2002, p. 36.

<sup>173</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª Edição, Coimbra, Editora Almedina, 1998, p. 101.

Nessa senda, Alexy assevera que a vertente da proporcionalidade em sentido estrito expressa a otimização em relação aos princípios colidentes, sendo idêntica a lei do sopesamento: “Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.”<sup>174</sup> Portanto, a ponderação é regida pelo princípio da Proporcionalidade em sentido estrito, de modo a estabelecer um meio comparativo e otimizador dos direitos fundamentais conflitantes no que se refere às possibilidades jurídicas. Essa operação comparativa pode ser racionalmente explicada por meio da fórmula do peso.

Alexy tenta, dessa forma, racionalizar ao máximo a ponderação, chegando a criar uma fórmula aritmética que, em sua versão simplificada, possui a seguinte configuração:

$$W_{ij} = \frac{I_i \cdot W_i}{I_j \cdot W_j}$$

Essa fórmula traz a representação dos argumentos utilizados na ponderação, em que  $W_{ij}$  representa o peso concreto de um princípio ( $P_i$ ) em sua relação com outro princípio em colisão ( $P_j$ ), que será o cociente dos demais fatores:  $I_i$ , que representa a intensidade da interferência com  $P_i$ , e  $I_j$ , que representa a importância de satisfazer o princípio em colisão  $P_j$ , além de  $W_i$  e  $W_j$ , que representam o peso abstrato dos princípios em colisão<sup>175</sup>.

De acordo com o princípio da Proporcionalidade em sentido estrito, a importância da intervenção nos direitos fundamentais deve estar justificada pela importância da realização do fim perseguido pela intervenção legislativa. As vantagens que se obtêm com a intervenção legislativa no direito fundamental devem compensar os sacrifícios que esta implica para seus titulares e para a sociedade em geral<sup>176</sup>. Assim, a intervenção legislativa só deve ser considerada desproporcionada quando estiver evidente que restringe um direito fundamental com uma intensidade maior que aquela com que favorece o princípio constitucional que fundamenta<sup>177</sup>.

Assim, de maneira sintética, pode-se dizer que o subprincípio adequação significa que a medida serve a um propósito constitucionalmente legítimo, e que contribui de alguma forma para alcançar esse objetivo; a necessidade, que não há alternativa que possibilitasse menor

<sup>174</sup>ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, Editora Malheiros, São Paulo, 2015, p. 593.

<sup>175</sup>ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, Editora Malheiros, São Paulo, 2015, pp. 600 ss.

<sup>176</sup>PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, (ob. cit.), pp. 759-760.

<sup>177</sup>PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, (ob. cit.), p. 796.

sacrifício de direito fundamental, e alcançasse o mesmo benefício da medida adotada; a proporcionalidade em sentido estrito, que o direito fundamental não seja prejudicado em maior do grau do que o benefício alcançado<sup>178</sup>.

### 3.3 Proibição de excesso

A despeito do surgimento do império da lei, após a revolução liberal-iluminista do século XVIII, e a consequente superação, em linhas gerais, do estado absolutista, com o advento da separação dos poderes, os excessos no exercício do poder punitivo estatal não foram integralmente sepultados. Nessa toada, começaram a surgir questionamentos sobre os limites do Poder Legislativo, principalmente, no que pertine aos excessos.

A mudança copernicana do eixo gravitacional do ordenamento jurídico propiciada pelo constitucionalismo, enaltecendo a força normativa das constituições e dos direitos fundamentais nelas insculpidos, foi decisiva para uma guinada na teoria do Direito. Nesse contexto, surge a ideia de proporcionalidade, como vetor de limitação do poder público, alicerçado pela interpretação conforme a constituição.

Na sua origem, o princípio da proporcionalidade e sua vertente da proibição de excesso foram frequentemente utilizados como expressões sinônimas. Há, inclusive, quem ainda pareça preferir denominar tal princípio simplesmente como vedação de excesso ou, mesmo atualmente, quem siga tratando o referido princípio e seu desdobramento como sinônimos<sup>179</sup>.

Destacando a diferenciação, sem olvidar o histórico tratamento das expressões como se sinônimas fossem, Vitalino Canas chega a designar o termo “proporcionalidade clássica” para se referir à proibição de excesso<sup>180</sup>. Com efeito, numa fase ainda germinal, o arcabouço teórico e as ferramentas analíticas e epistemológicas de que se dispunha não permitiram mais do que a percepção do princípio da Proporcionalidade nessa feição dita por Canas como sendo clássica. A proporcionalidade clássica confundia-se e reduzia-se, de fato, à proibição do excesso. Proporcionalidade clássica e proibição do excesso, nessa ordem de ideias são, portanto, realmente equivalentes.

---

<sup>178</sup>GIL, Rubén Sánchez. *El principio de proporcionalidad*, Primera edición, Universidad Autónoma de México, México, 2007, p. 122.

<sup>179</sup>PACHECO, Denilson Feitoza. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, p. 131.

<sup>180</sup>CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. *O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos*, Tese elaborada para obtenção do grau de Doutor em Direito, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2016, p. 5.

Voltando os olhos para o atual estágio de amadurecimento jurídico e doutrinário acerca do princípio da Proporcionalidade, tem-se que, na esteira, inclusive, do acolhimento que tem recebido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (que pode ser verificado, por exemplo, na ADC nº 29-DF), tal princípio constitui um critério de aferição da constitucionalidade das restrições a direitos fundamentais. Trata-se, assim, de um parâmetro de identificação dos denominados “limites dos limites” — ou *Schranken-Schranken*, do Direito alemão — aos direitos fundamentais, isto é, de um postulado de proteção do núcleo essencial do Direito, cujo conteúdo o legislador não pode malferir. Assegura-se, assim, uma margem de ação ao legislador, mas, outrossim, limites, os quais não podem ser por ele ultrapassados. E é justamente o princípio da Proporcionalidade que permite aferir se tais limites foram respeitados ou transgredidos pelo legislador.

Nessa toada, Miguel Carbonell, ao discorrer sobre a maneira e os requisitos relativos à limitação dos direitos, a partir da não identidade entre o discurso sobre o princípio da proporcionalidade e o discurso conservador que limita o alcance dos direitos fundamentais, assevera que o princípio da proporcionalidade trata da técnica de interpretação que tem por escopo proteger os direitos fundamentais, ampliando tanto quanto seja possível seu âmbito de proteção, mas fazendo que todos os direitos sejam compatíveis entre si na maior medida possível. Conclui afirmando que o princípio da proporcionalidade pode ser considerado, hodiernamente, como aquele que realiza o “limite dos limites”, relativamente aos direitos fundamentais e, pressupondo barreiras que afastam interferências, no âmbito destes direitos<sup>181</sup>.

Isto posto, não se pode permitir que o Estado, em sentido lato, sob o argumento de proteger, acabe por atingir de modo ainda mais grave um direito fundamental. Esta vedação advém da aplicação do princípio da Proporcionalidade em seu desdobramento que se denomina proibição de excesso, consoante o qual o Estado não pode ir além do necessário, adequado e proporcional. O princípio da Proporcionalidade atua, portanto, no plano da proibição de excesso, como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais.

Pode-se dizer, que o princípio da proibição de excesso, notabilizado no Direito Penal, ambiência em que vem sendo reiteradamente aplicado<sup>182</sup>, é a vertente do princípio da

---

<sup>181</sup>CARBONELL, Miguel. *El principio de proporcionalidade y la interpretación constitucional*, Ministerio da Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador, 2008.

<sup>182</sup>“HABEAS CORPUS” - VEDAÇÃO LEGAL IMPOSTA, EM CARÁTER ABSOLUTO E APRIORÍSTICO, QUE OBSTA, “IN ABSTRACTO”, A CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS NOS CRIMES TIPIFICADOS NO ART. 33, CAPUT” E § 1º, E NOS ARTS. 34 A 37, TODOS DA LEI DE DROGAS - RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA REGRA

Proporcionalidade que surgiu devido a costumeiros abusos e exorbitâncias cometidas pelo Estado, com raízes que remontam à época de iluministas, como Montesquieu, com seu Espírito das Leis, e Cesare Beccaria, pois ambos tratavam sobre a proporcionalidade das penas em relação aos delitos praticados, lançando os alicerces da ideia, hoje amplamente difundida e assimilada nos Estados constitucionais modernos, de que o Estado tem a obrigação de punir, nos moldes determinados pela *sanctio juris*, mas o também infrator tem o direito de não ser punido além desses limites.

Por suposto que a proibição de excesso não se restringe, porém, à seara Penal, possuindo grande relevância e aplicação, por exemplo, no âmbito do Direito Administrativo, no qual os limites do poder de polícia devem restar claramente demarcados pelo respeito ao interesse social, em conciliação com os direitos fundamentais dos indivíduos constitucionalmente assegurados. Como assinala Celso Antônio Bandeira de Mello: “A Administração Pública não deve atuar jamais servindo-se de meios mais enérgicos que os necessários à obtenção dos resultados pretendidos pela lei, sob pena de vício jurídico, que acarretará responsabilidade da Administração”<sup>183</sup>. Assim é que a irrazoabilidade do ato de polícia — por excesso ou desvio — constitui abuso de poder e, por conseguinte, ilegalidade, apta a resultar na nulidade da sanção estabelecida.

De outra parte, hoje, como veremos, pode falar-se, com segurança que, a par da versão clássica, cujo eco ainda se ouve fortemente, há uma versão moderna, mais completa e mais rica de proporcionalidade. Tal versão atende à necessidade de aperfeiçoar respostas perante a diversidade de colisões normativas e à necessidade de instrumentos diferenciados de mediação da resolução dessas colisões.

Em arremate, embora, de fato, as inúmeras variações que assume o princípio da Proporcionalidade, no que concerne ao seu alcance terminológico, permitam que alguns estudiosos, a exemplo de Canotilho, afirmem que o princípio da proporcionalidade em sentido

---

LEGAL VEDATÓRIA (ART. 33, § 4º, E ART. 44) PELO PLENÁRIO DESTA SUPREMA CORTE (HC 97.256/RS) - OFENSA AOS POSTULADOS CONSTITUCIONAIS DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E DA PROPORCIONALIDADE - O SIGNIFICADO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, VISTO SOB A PERSPECTIVA DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO”: FATOR DE CONTENÇÃO E CONFORMAÇÃO DA PRÓPRIA ATIVIDADE NORMATIVA DO ESTADO - CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DO ÓBICE À SUBSTITUIÇÃO - O LEGISLADOR NÃO PODE VEDAR A CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÃO PENAL ALTERNATIVA, SEM A IMPRESCINDÍVEL AFERIÇÃO, PELO MAGISTRADO, DOS REQUISITOS DE ÍNDOLE SUBJETIVA E DOS PRESSUPOSTOS DE CARÁTER OBJETIVO DO SENTENCIADO ( CP , ART. 44 ), SOB PENA DE GERAR SITUAÇÕES NORMATIVAS DE ABSOLUTA DISTORÇÃO E DE SUBVERSÃO DOS FINS QUE REGEM O DESEMPENHO DA FUNÇÃO ESTATAL - PRECEDENTES - “HABEAS CORPUS” DEFERIDO EM PARTE.” Supremo Tribunal Federal - HC nº 110248/MS, Relator Ministro Celso de Mello, Data do julgamento: 27/03/2012.

<sup>183</sup>MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 6ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo, 1997, p. 492.

amplo também é conhecido por princípio da proibição de excesso<sup>184</sup>, cabe aos estudiosos a tarefa de evidenciar que, hoje, a ideia mais aceita, porque mais condizente com a amplitude do princípio em tela, é a de que a proporcionalidade não deve ser tratada como sinônimo de proibição de excesso, apenas, vez que se desdobra, necessariamente, para alcançar, também, a vedação à proteção deficiente, já que uma tutela deficitária não será menos desproporcional que uma que se mostre demasiado inflada.

### 3.4 Proibição de proteção deficiente

Enquanto desdobramento do princípio da Proporcionalidade, a par da proibição de excesso, reconheceu-se, de modo mais claro recentemente, embora com importância tão grande quanto aquele, outro: o princípio da proibição de proteção deficiente. Ele decorre, por sua vez, da necessidade de se resguardarem os deveres de proteção fundamentais do Estado perante agressões de terceiros, sendo utilizado como mecanismo de aferição do grau de cumprimento desses deveres extraídos das normas constitucionais.

Neste ponto, cumpre esclarecer que, muito embora o princípio da Proibição de Proteção Deficiente guarde estreita relação com os deveres de proteção, tais não podem ser considerados institutos equivalentes. É que, enquanto o dever de proteção diz se o Estado está, ou não, obrigado a conferir tutela jurídica a determinado bem, evidenciando uma imposição constitucional, a proibição de proteção deficiente, deficitária, insuficiente ou defeituosa permite verificar se a proteção efetivamente concedida corresponde, ou não, às exigências constitucionais mínimas, servindo como parâmetro de controle da observância por parte do legislador dessas obrigações<sup>185</sup>.

A autonomia do princípio da Proibição de Proteção Deficiente, enquanto parâmetro delimitador da liberdade de conformação do legislador, bem como enquanto mecanismo voltado à operacionalização de uma análise prática que permita aferir, com um mínimo de objetividade, se o legislador ficou aquém das suas obrigações constitucionais, é um desafio para a efetiva utilização deste princípio<sup>186</sup>.

Jorge Pereira da Silva pontua que a autonomia do princípio da Proibição de Proteção Deficiente vem sendo questionada por cinco vias diferentes, quais sejam: 1) a proibição em causa seria um simples correlato do dever de atuação 2) a existência de uma relação de

---

<sup>184</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª Edição, Coimbra, Editora Almedina, 1998, p. 265.

<sup>185</sup>SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, (ob. cit.), pp. 592-593.

<sup>186</sup>SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, (ob. cit.), p. 587.

congruência entre a proibição do deficit e a proibição de excesso chegaria inevitavelmente ao mesmo resultado da aplicação dos testes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito 3) a proibição de insuficiência corresponde a uma manifestação particular da ideia de intangibilidade do conteúdo essencial dos direitos fundamentais 4) a interdição de proteção insuficiente parece ter pouco a acrescentar aos imperativos de otimização dos direitos fundamentais 5) o princípio da Proibição de Proteção Deficiente corresponde tão-somente ao controle de evidência do cumprimento, por parte do legislador, dos deveres de proteção jusfundamental que a Constituição lhe prescreve<sup>187</sup>.

Primeiramente, importa acentuar que o princípio da Proibição de Proteção Deficiente não pode ser considerado um simples correlato de um dever de proteção, mas, sim, é extraído deste, possibilitando o controle judicial de eventual inconstitucionalidade na omissão estatal em promover determinado direito fundamental ou mesmo de eventual insuficiência da medida de proteção adotada.

Tal qual o princípio da Proibição de Excesso, o princípio da Proibição de Proteção Deficiente possui contornos próprios que só podem ser aferidos no caso concreto, devendo os testes de necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito ser utilizados, também, nessa tarefa, não existindo uma fórmula capaz de objetivar integralmente sua aplicação. O que deve haver, isto sim, são critérios rígidos na utilização destes princípios para que não se adentre arbitrariamente na esfera de competência do Poder Legislativo, que é aquele que conta com legitimidade democrática para realizar as necessárias ponderações entre os diversos interesses e eleger, dentre a miríade de bens jurídicos existentes, aqueles dignos de tutela penal.

No que pertine à suposta correspondência da proibição de proteção deficitária com a intangibilidade dos direitos fundamentais, na verdade o princípio supramencionado pode ser visto como um efeito externo de tais direitos, efeito este do qual resultaria uma vinculação generalizada dos respectivos preceitos, não se confundindo, portanto, com eles.

Indo além, cabe esclarecer que muitos desses questionamentos e problemas, apontados por Jorge Pereira da Silva e outros, não são exclusivos do princípio da Proibição de Proteção Deficiente, sendo vários deles notados, também, na própria aplicação e operacionalização do princípio da Proporcionalidade, pela ótica da proibição de excesso. Entretanto, o que se mostra, de fato, relevante, para os fins do presente estudo, não é chegar ao fundo dessa discussão, e, sim, realçar que a proibição de excesso não pode ser vista como única faceta da

---

<sup>187</sup>SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, (ob. cit.), pp. 587-588.



proporcionalidade, numa visão monocular perniciosa aos direitos fundamentais, que deve ser, portanto, combatida.

Do ponto de vista historiográfico, aponta-se que o reconhecimento da Proibição de Proteção Deficiente, enquanto princípio, teve origem na Alemanha, representando, como dito, um desdobramento do princípio da Proporcionalidade, revelando-se como o reverso, a outra face, de seu primeiro conseqüentário reconhecido, que foi a proibição de excesso<sup>188</sup>.

Há razoável consenso doutrinário de que o princípio da Proibição de Proteção Deficiente foi empregado pela primeira vez numa decisão judicial pela corte constitucional alemã em 1993, ao declarar a inconstitucionalidade de diploma legal que descriminalizava o aborto realizado até três meses após a concepção. Na ocasião, o tribunal alemão asseverou existir um “dever de proteção” do Estado à vida do nascituro, o qual seria afetado pela ação abortiva da genitora, que, é bem verdade, por sua vez se estribava num direito fundamental de defesa de livre disposição do corpo em face do Estado. Restou assentado, portanto, que o direito à livre disposição do próprio corpo, titularizado pela gestante, não poderia prevalecer no caso em análise, uma vez que o Estado estava obrigado a cumprir de maneira efetiva e adequada — isto é: suficiente, e não deficiente — seu dever, imposto pela Lei Fundamental, de proteção à vida humana (inclusive a do nascituro)<sup>189</sup>.

A adoção, pelo constituinte, de um complexo sistema de deveres de proteção atribuídos ao Estado, como seu fiel garantidor e promotor, conduz a proibições de insuficiência da ação estatal. Assim, consoante as lições de Canaris, deve-se considerar os direitos fundamentais como imperativos de tutela, o que justifica sua aplicação diferenciada, dizendo respeito ao deficit no cumprimento do dever de proteção do Estado atinente aos direitos fundamentais, uma vez que o Poder Público tem a obrigação de adotar medidas suficientes de natureza normativa e material, visando uma proteção adequada e eficiente dos direitos fundamentais<sup>190</sup>.

Em tais casos, a liberdade de conformação legislativa e a atuação administrativa passam a contar com margens de atuação melhor delineadas, na medida em que se encontram vinculadas materialmente ao texto constitucional. Há, portanto, nessa seara uma sensível diminuição da discricionariedade.

---

<sup>188</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 60-122, 2004.

<sup>189</sup>SCHWABE, Jürgen, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, Tradução de Beatriz Hennig, Fundação Konrad-Adenauer, Montevideo, 2005, pp. 273 e ss.

<sup>190</sup>CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Editora Almedina, Coimbra, 2003, p. 12.

Assim é que o legislador deve observar as exigências da proibição de proteção deficiente na configuração dos deveres de proteção estatal. As prescrições que o legislador venha a emitir devem oferecer uma proteção suficiente e eficiente, sempre fundamentadas em cuidadosas investigações fáticas, além de valorações razoáveis, levando em consideração que a configuração da proteção, mediante a ordem jurídica, deve corresponder às exigências mínimas<sup>191</sup>.

O Estado tem, portanto, a obrigação de concretizar os direitos prestacionais e de proteger os indivíduos contra agressões provenientes de comportamentos delitivos, razão pela qual a segurança passa a fazer parte dos direitos fundamentais. Nessa toada, a proibição de proteção deficiente pode ser utilizada como um critério estrutural para a determinação dos direitos fundamentais, cuja aplicação pode servir para determinar se um ato ou omissão estatal viola um direito fundamental de proteção<sup>192</sup>.

Com efeito, a finalidade primordial do Estado Democrático e Social de Direito é a tutela de direitos fundamentais, que não é restrita à não intervenção estatal desmesurada ou irrazoável, decorrente do princípio da Proibição de Excesso, mas inclui, outrossim, o dever de promover e de proteger direitos, decorrente do princípio da Proibição de Proteção Deficiente, tendo este destacada aplicação no âmbito dos direitos sociais<sup>193</sup>.

O modelo clássico liberal de garantismo negativo alinhava-se ao entendimento de uma leitura unilateral do princípio da Proporcionalidade, atento, basicamente, à proteção contra os excessos do Estado. Com a superação desses paradigmas, que acabavam por restringir a Proporcionalidade a um uso aquém de seu potencial, verifica-se que a proporcionalidade não se restringe à vertente da proibição de excesso, uma vez que também está atrelada a um dever de proteção por parte do Estado, principalmente no que pertine às agressões contra direitos fundamentais encetadas por terceiros<sup>194</sup>.

Como resposta à excessiva valorização do aspecto negativo do garantismo penal, o princípio da Proibição de Proteção Deficiente sustenta uma nova perspectiva. Emanando diretamente do princípio da Proporcionalidade, propõe uma alternativa que evite a tutela penal insuficiente. Ou seja, da mesma forma que os infratores das leis penais titularizam direitos

---

<sup>191</sup>PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, (ob. cit.), p. 802.

<sup>192</sup>STRECK, Lênio Luiz. *A dupla face do Princ. Proporcionalidade e o cabimento de Mandado de Segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal individualista-clássico*, (ob. cit.).

<sup>193</sup>MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, 4ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2012, p. 477.

<sup>194</sup>STRECK, Lênio Luiz. *A dupla face do Princ. Proporcionalidade e o cabimento de Mandado de Segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal individualista-clássico*, (ob. cit.).

dignos de proteção, a exemplo da vida, da saúde e do trabalho, não se pode, a pretexto de proporcionar sua efetivação, descuidar da proteção dos direitos das vítimas, efetivas ou potenciais, e da sociedade como um todo.

Assim é que, notadamente na seara do Direito Penal, a proibição de proteção deficiente, juntamente com a proibição do excesso, promovem um contraste capaz de estabelecer os mecanismos adequados para a proteção de bens jurídicos, isto é, na medida em que configuram contraponto uma da outra, como faces opostas de uma mesma moeda (que é o princípio da Proporcionalidade), vocacionam-se a atuar mutuamente, para que o legislador não privilegie uma ao ponto de sacrificar inteiramente a outra. Servem, pois, de balizas para aferir se é legítimo invadir a esfera de liberdade individual em prol dessa proteção, ou, se por outro lado, é razoável, em certa medida, deixar de proteger.

A Constituição estipula os bens jurídicos que merecem proteção, porém, na maioria das vezes, não chega a expor sua configuração. É dever do legislador infraconstitucional determinar a moldura do tipo penal e a extensão da proteção, devendo observar a proporcionalidade, inclusive no que concerne à proibição de proteção insuficiente. As medidas tomadas pelo legislador, por conseguinte, devem buscar uma proteção adequada e eficiente, sempre baseadas em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis.

### **3.4.1 Os deveres de proteção do Estado**

Os deveres de proteção do Estado são, em sua essência, dimensões jusfundamentais que implicam em prestações<sup>195</sup>. Com efeito, os direitos fundamentais insculpidos no texto constitucional vinculam o Estado ao cumprimento de determinadas prestações normativas e materiais. Assim, os deveres de proteção do Estado atuam na defesa do indivíduo contra lesão ou ameaça de terceiros. A Teoria dos Deveres Estatais de Proteção se funda na concepção de que compete ao Estado não somente se abster de violar direitos fundamentais, mas também proteger os titulares desses direitos da afronta de terceiros.

As circunstâncias sociopolíticas modificaram-se muito desde a época em que as ideias iluministas de cunho liberal foram concebidas. Por um lado, o Estado perdeu parcela de seu poder em favor de organizações privadas, as quais assumiram funções anteriormente desempenhadas diretamente pelo poder público. Em consequência, uma parcela significativa dos perigos que atingem os direitos fundamentais hodiernamente são provenientes dos poderes

---

<sup>195</sup>SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, Editora Universidade Católica, Lisboa, 2015, p. 84.

privados, os quais constituem hoje uma ameaça ao efetivo desfrute dos próprios direitos fundamentais não menos inquietante que a representada pelo Estado. Por outro, o Estado deixa de estar dominado exclusivamente pelos interesses da burguesia para converter-se num estado de pluralidade de classes, cada qual reclamando a satisfação dos seus interesses, não raramente contrapostos. Naturalmente, os indivíduos ameaçados passam a exigir do Estado proteção diante dos cada vez mais temidos direitos privados<sup>196</sup>. Assim, emergiu a teoria dos deveres de proteção.

Portanto, o surgimento dessa teoria decorreu do reconhecimento de que o exercício da função de defesa dos direitos fundamentais, por si só, já não é mais capaz de responder com eficácia aos anseios e expectativas da evolução do Estado de Direito, principalmente, após o advento das transformações ocorridas na segunda metade do século XX, realçada pela função de prestação, que exige do Estado atuações positivas<sup>197</sup>.

Os direitos de proteção em sentido amplo externam uma pretensão *prima facie* de que se desenvolvam diversos deveres de atuação por parte dos poderes públicos, destinados a garantir o efetivo gozo das liberdades, provendo os meios para a satisfação das necessidades básicas e dispondo sobre os mecanismos indispensáveis para que o Estado possa tutelar adequadamente os direitos fundamentais<sup>198</sup>.

Importa acentuar que a natureza positiva dos deveres de proteção nem sempre traduz a necessidade de efetuar prestações materiais em sentido estrito, como é o caso da edição de normas penais, considerada a forma mais típica de proteção jusfundamental<sup>199</sup>.

Assim é que o Estado emerge como destinatário dos direitos fundamentais, recaindo sobre ele a obrigação de os proteger, inclusive de agressões cometidas por um cidadão perante o outro. Em princípio, apenas o Estado pode intervir por meio de atos de autoridade como leis, atos administrativos e outros similares para resguardar um dever de proteção. Ocorre que, para o reconhecimento de um dever de proteção, deve existir uma imperiosa necessidade de proteção do direito fundamental em causa<sup>200</sup>. Isto porque a função precípua dos deveres de proteção é atuar face a perigos e riscos de origem não-pública ou, pelo menos, não inteiramente

---

<sup>196</sup>FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: A Constituição Penal*, 2ª Edição, Livraria do Advogado Editora, 2012, Posição 827.

<sup>197</sup>SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, (ob. cit.), p. 64.

<sup>198</sup>PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Prólogo de José Luis Cascajo Castro, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 802.

<sup>199</sup>SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, (ob. cit.), p. 83.

<sup>200</sup>CANARIS, Claus Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Editora Almedina, Coimbra, 2003, p. 106.

controláveis pelo próprio Estado, para garantir a preservação dos bens jurídicos fundamentais dos indivíduos em questão<sup>201</sup>.

### 3.4.2 Garantismo positivo

Inicialmente, cumpre destacar que a evolução do Direito Penal revela-se de tal modo imbricada à própria evolução do Estado de Direito, desde a sua gênese, no contexto liberal-iluminista, até os dias atuais, que, para uma melhor compreensão do tema em epígrafe, mostra-se imprescindível traçar um paralelo entre esses dois objetos de estudo da ciência jurídica.

O garantismo clássico, também chamado garantismo negativo, germinou no terreno de um ordenamento jurídico forjado no calor da ideologia liberalista, que pregava a imperatividade de uma menor intervenção estatal, a fim de conferir maior prestígio às liberdades individuais, com o reconhecimento de direitos fundamentais intangíveis e inegociáveis em relação ao Estado.

Nesta ambiência, no que tange ao Direito Penal, mais especificamente, os defensores do sistema positivista formal, como Von Liszt, afirmavam que ele deveria corresponder à feição liberal do Estado de Direito, de modo a assegurar, nas circunstâncias em que incidisse, igualdade em sua aplicação, salvaguardando a liberdade individual frente a ataques arbitrários do Estado. Já a política criminal, por sua vez, contemplaria os métodos adequados, em um sentido social, para a luta contra o delito, ou seja, para se buscar a realização da chamada “missão social” do Direito Penal<sup>202</sup>.

O jurista italiano Luigi Ferrajoli, considerado um dos maiores expoentes da teoria do garantismo penal, fundamenta seu pensamento acerca do tema em questão em três pilares distintos, os quais configuram, ao mesmo tempo, três ângulos distintos de abordagem, possibilitando uma melhor compreensão de suas ideias. Para ele, numa primeira acepção, garantismo designa um modelo normativo de direitos, sendo que, no plano político, revela-se como uma técnica de tutela capaz de, por um lado, minimizar a violência e, por outro, maximizar a liberdade; já no plano jurídico traduz a ideia de um sistema de vínculos ou limites impostos ao poder punitivo estatal, em garantia aos direitos dos cidadãos. Ainda segundo o mesmo autor, numa segunda acepção, por sua vez, o garantismo designa uma teoria jurídica de validade e efetividade, como categorias distintas, tanto entre si, quanto acerca de seu significado na análise das normas, de modo a expressar uma aproximação teórica entre ser e

---

<sup>201</sup>SILVA, Jorge Pereira da. *Deveres do Estado de Proteção de Direitos Fundamentais*, (ob. cit.), p. 87.

<sup>202</sup>ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema Del derecho penal*, traducción e introducción de Francisco Munoz Conde, 2ª Edición, Editora Hammurabi, 2000, p.32.

dever ser no Direito. Já pelo prisma de uma terceira acepção, para ele, garantismo designa uma filosofia política que impõe tanto ao Direito quanto ao Estado um ônus de justificação externa referente aos bens jurídicos e aos interesses cuja tutela e garantia constituem, precisamente, as finalidades de ambos<sup>203</sup>.

As garantias se traduzem, portanto, em mecanismos de que dispõe o ordenamento para reduzir a distância estrutural entre normatividade e efetividade, na busca da máxima eficácia dos direitos fundamentais, consoante preconizado pela Constituição. Claramente, quer-se, com isso, estabelecer uma proteção aos cidadãos contra a arbitrariedade das punições, mas não a impunidade. Desse modo, tem-se, num primeiro momento, a vinculação do legislador infraconstitucional aos princípios e valores pulsantes na Constituição e, num segundo momento, o dever de sujeição do juiz à lei, a qual não significa atrelá-lo a uma interpretação meramente literal do texto legal, como se defendeu no passado, mas, isto sim, se traduz num dever de coerência deste para com as normas postas, sempre à luz da própria Constituição, considerada como um todo.

Novamente segundo as lições de Ferrajoli, o modelo garantista apresenta, ainda, múltiplas condições, limites e proibições que são identificadas como garantias do cidadão contra o arbítrio e o erro penal. Consoante tal modelo, não se admite nenhuma imposição de pena sem que estejam presentes: o cometimento de um delito; sua previsão por lei como delito; a necessidade de sua proibição e punição; seus efeitos lesivos para terceiros; o caráter exterior ou material da ação criminosa; a imputabilidade do autor e sua culpabilidade; prova empírica levada por uma acusação ante um juiz imparcial em um processo público; respeito ao contraditório e à ampla defesa, mediante procedimentos legalmente preestabelecidos<sup>204</sup>.

Ocorre que, consoante se pode verificar do exposto acima, a perspectiva liberal do ordenamento jurídico no século XIX fora concebida sob o enfoque de uma contraposição entre Estado e Sociedade, em que se constata grande preocupação com a valorização de direitos fundamentais individuais moldados com o objetivo precípuo de proteger o cidadão dos abusos estatais. Porém, conforme já demonstrado no presente trabalho, o modelo de Estado Liberal foi reformulado no século XX, com o surgimento de novas formas de Constituição, preocupadas com a função social do Estado, a partir de um novo modelo de Estado, o Estado Social. Isto, a toda evidência, impactou, também, o Direito Penal, dando azo a que o garantismo ganhasse nova roupagem, com importante acréscimo à sua abrangência.

---

<sup>203</sup>FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Razón: teoría Del garantismo penal*, 4ª Edição, Editora Trotta, Madrid, 2000, pp. 851-853.

<sup>204</sup>FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Razón: teoría Del garantismo penal*, (ob. cit.), pp. 103-104.

As mudanças encampadas pela nova concepção de Estado Democrático de Direito — agora dito Estado Democrático e Social de Direito — produziram destacados efeitos no Direito Penal que, como já delineado, tinha como base, até então, o ideal do liberalismo, que pressupunha um Estado abstencionista. A visão liberal-iluminista clássica do Estado como “inimigo” dos direitos fundamentais foi sendo, portanto, superada, na medida em que ganhou força a ideia de que este tem o dever não apenas de respeitar tais direitos, mas, também, de assumir um papel ativo e proativo no que lhes diz respeito, inaugurando a compreensão de que direitos fundamentais não são só direitos contra o Estado, mas, outrossim, direitos através dele<sup>205</sup>.

Nessa esteira, Carlos Bernal Pulido assinala que as posições jusfundamentais de defesa têm, sim, por objeto uma abstenção estatal, quando o particular (sujeito ativo) pode exigir do Estado (sujeito passivo) uma omissão. Por outro lado, o objeto das posições jusfundamentais de prestação (que não anulam as primeiras, mas a estas vêm somar-se) é uma conduta positiva do Estado, em que o sujeito ativo tem um direito fundamental a que o Estado aja, realizando um determinado comportamento<sup>206</sup>.

Trazendo o foco do estudo para a realidade brasileira, observa-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 impõe ao Estado o dever de proteger e zelar pelo respeito aos direitos fundamentais, contexto em que toca ao Direito Penal o papel de instrumento a ser utilizado pelo poder público, quando a proteção conferida pelos demais ramos do Direito se revelar insuficiente. Trata-se, portanto, de árdua missão, constituindo-se esse ramo do Direito a última trincheira do ordenamento, voltado à proteção dos bens jurídicos mais caros à sociedade.

Com efeito, o sistema penal brasileiro sofreu importantes mudanças com o surgimento gradual de inúmeros diplomas normativos que indicam o deslocamento de seu centro de gravidade, o qual migrou de uma tutela moldada de conformidade com a primazia da defesa de bens individuais para uma de espectro mais ampliado, a incluir, também, a defesa de bens coletivos. Tal sistema caminhou, assim, para uma posição oposta ao chamado “minimalismo garantístico”, que apregoava um padrão de intervenção estatal mínima. Operou-se, portanto, a superação dos dogmas do Estado Liberal-individualista, que empregava o Direito Penal como

---

<sup>205</sup>STRECK, Lênio Luiz. *A dupla face do Princ. Proporcionalidade e o cabimento de Mandado de Segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal individualista-clássico*. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/criminal/doutrina/id385.htm>>. Acesso em 05 de abril de 2017.

<sup>206</sup>PULIDO, Carlos Bernal. *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Prólogo de José Luis Cascajo Castro, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 83.

um soldado destinado quase que exclusivamente a combater as condutas lesivas ao indivíduo ou ao seu patrimônio<sup>207</sup>.

Hoje, resta bem sedimentada a percepção de que ao Estado toca a missão inescusável de se valer dos meios repressivos e preventivos que se mostrem necessários à tutela dos direitos e liberdades dos cidadãos, aí incluídos os de cunho prestacional, contra agressões provenientes de comportamentos delitivos. E o acerto desta percepção reside, primordialmente, no reconhecimento de que, num Estado de Direito, em que o poder punitivo é monopólio estatal, o “Leviatã” passa a ter deveres inescapáveis para com a sociedade, como o dever central de promover a pacificação social, coibindo o crime.

Para uma parcela da doutrina<sup>208</sup>, o reconhecimento da existência do garantismo positivo revela, em verdade, a outra face do princípio da Proporcionalidade, qual seja, a proibição de proteção deficiente<sup>209</sup>, uma vez que ao Estado não é dado abrir mão da poderosa proteção do Direito Penal quando se trata de garantir a observância de direitos fundamentais.

Assim, observa-se que, com a superação do modelo clássico de garantismo negativo, firmou-se o entendimento de que o princípio da Proporcionalidade não é apenas direcionado à proteção contra os excessos e abusos do Estado (embora inegável a importância, do garantismo, mesmo nesta sua primeira fase, para o reconhecimento da existência de um núcleo intangível de direitos a ser protegido), mas, também, voltado a evitar proteções insuficientes, inclusive aos mais caros dentre bens jurídicos tutelados, a saber, aqueles sobre os quais paira a proteção do Direito Penal.

Compreendido de modo sistêmico — e no contexto da realidade atual —, resta evidente a vocação do garantismo, desde seus pilares, a aplicações que não se restringem a afastar os excessos injustificados do Estado, à luz da Constituição. Significa dizer que é descabido invocar a aplicação exclusiva do garantismo em sua feição dita negativa, até porque isto revela aptidão para exacerbar a chamada “proteção do mais fraco” ante o Estado, a qual, se desmesurada, pode conduzir ao que se tem convencionado denominar de garantismo hiperbólico monocular<sup>210</sup>.

---

<sup>207</sup>STRECK, Lênio Luiz. *A dupla face do Princ. Proporcionalidade e o cabimento de Mandado de Segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal individualista-clássico*. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/criminal/doutrina/id385.htm>>. Acesso em 05 de abril de 2017.

<sup>208</sup>ALMEIDA DE MORAES, Alexandre Rocha. *A Teoria dos Mandados de Criminalização e o Combate Efetivo à Corrupção*, Revista Jurídica Escola Superior do Ministério Público-SP, Volume 5, 2014, 43-68. Disponível em: <[www.esmp.sp.gov.br/revista\\_esmp/index.php/RJESMPSP/article/download/170/65](http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/download/170/65)>. Acesso em 29 de agosto de 2017.

<sup>209</sup>O princípio da Proibição de Proteção Deficiente será aprofundado no capítulo subsequente.

<sup>210</sup>FISCHER, Douglas. *Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em:



Atualmente, pode-se afirmar que o garantismo penal não se esgota na vertente que o vocaciona a coibir os excessos do “Leviatã”. Corroborando tal assertiva, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, já se manifestou, falando a propósito dos direitos fundamentais e dos deveres de proteção, no sentido de que “os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção”, vez que expressam, outrossim, verdadeiro “postulado de proteção”. Haveria, assim, não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de omissão (*Untermassverbot*). Em termos usuais na doutrina — e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã — pode-se vislumbrar o dever de proteção, enquanto dever de segurança, que impõe ao Estado a proteção do indivíduo contra ataques de terceiros, mediante adoção de medidas diversas. Quanto à existência de um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, noutros termos, de um direito fundamental à proteção suficiente, a Corte Constitucional acabou por reconhecer tal direito, enfatizando que “a não-observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2º, II, da Lei Fundamental”. Esse dever de proteção é, precisamente, o que se tem denominado de *garantismo positivo*.<sup>211</sup>

Em suma, os dois parâmetros de aferição do princípio da proporcionalidade — o que veda o excesso e o que veda a deficiência na proteção — e a teoria do garantismo penal expressam preocupação idêntica, qual seja, o equilíbrio na proteção dos direitos e deveres fundamentais consagrados pela Constituição.

Portanto, a compreensão integral do garantismo, isto é, de ambos os seus pólos — o negativo e o positivo — conduz à conclusão de que o Estado deve levar em conta, na concretização dos direitos fundamentais, a necessidade de garantir, outrossim, à sociedade eficiência e segurança nessa concretização, coibindo, ainda, a impunidade. Isto porque, quando se trata de garantir, por exemplo, o direito fundamental à segurança, a tarefa do Estado não se esgota nas ações voltadas a evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas abrange, ainda, a devida apuração de ilícitos eventualmente praticados e, em sendo o caso, a devida punição de seu autor.

O garantismo positivo nos revela, assim, que o Direito Penal deve ser utilizado não apenas para proteger o indivíduo frente aos abusos do Estado, mas também para proteger a sociedade e os indivíduos que a compõe dos abusos de outros indivíduos. Esse garantismo

---

<[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas\\_fischer.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html)>. Acesso em 07 de março de 2019.

<sup>211</sup>MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Revista Jurídica Virtual, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999.

positivo implica, por conseguinte, no dever de o Estado legislar para proteger suficientemente os bens jurídicos tutelados. E é nesse contexto que surge a Teoria dos Mandados Constitucionais de Criminalização, que impõe uma relação entre a Constituição e o Direito Penal, visando à proteção de determinados bens jurídicos, considerada como tutela de fins<sup>212</sup>.

### 3.4.3 Mandados constitucionais de criminalização

Como já mencionado, hodiernamente revela-se uma tendência à ampliação do espectro de intervenção penal estatal, decorrente do extenso rol de bens jurídicos elevados ao patamar de proteção constitucional, legitimando uma tutela penal permeada por um garantismo que, indo além da preocupação em coibir os excessos do Estado, reclama deste, ainda, ações no sentido de assegurar que sua proteção aos referidos bens não se mostre deficitária. É nesse contexto de garantismo positivo que surgem os mandados constitucionais de criminalização, evidenciando que a Constituição pode dispor sobre os meios aptos a conduzir a uma proteção adequada de vários direitos fundamentais, frente a lesões ou ameaças de lesões advindas do Estado ou de particulares.

Os mandados constitucionais de criminalização indicam matérias sobre as quais o Poder Legislativo tem bem mais que a mera faculdade de atuar, vez que a Constituição Federal lhe impõe o dever legislar para proteger determinados bens ou interesses de forma adequada e suficiente<sup>213</sup>. Exemplos dessas obrigações de criminalização constitucionalmente impostas podem ser encontrados em Cartas Fundamentais europeias, como as da Alemanha, Espanha, Itália e França. Na Espanha, reconhece-se mandado explícito de criminalização em relação ao meio ambiente, no que toca aos crimes contra o patrimônio histórico, cultural e artístico dos povos daquele país. Na Alemanha, a Lei Fundamental de 1949 determinou a penalização dos atos que se destinem a uma guerra de agressão<sup>214</sup>.

Seguindo essa linha, a Constituição Federal Brasileira determinou a obrigatoriedade de criminalização de determinadas condutas que ofendam ou coloquem em risco bens jurídicos considerados relevantes ao exercício de inúmeros direitos fundamentais, vinculando a atuação do legislador. Tanto é assim que no artigo 5º da Magna Carta estão insertos vários

---

<sup>212</sup>FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas Básicos da Doutrina Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 47.

<sup>213</sup>PONTE, Antônio Carlos da. *Crimes Eleitorais*, Editora Saraiva, São Paulo, 2008, p. 152.

<sup>214</sup>ALMEIDA DE MORAES, Alexandre Rocha. *A Teoria dos Mandados de Criminalização e o Combate Efetivo à Corrupção*, (ob. cit.).

dispositivos normativos que expressam mandados de criminalização, de modo que, dentre outros, podemos destacar os contidos nos incisos XLI, XLII, XLIII e XLIV<sup>215</sup>.

Os mandados de criminalização, relacionam-se, portanto, à feição positiva do garantismo, no que tange à proteção dos direitos fundamentais, dando nova fisionomia à relação entre o Direito Penal e a Constituição e criando um novo papel a ser desempenhado pelas sanções penais. Na mesma esteira, e por via de consequência, guardam, outrossim, estreita relação com o princípio da Proporcionalidade, sob o enfoque da vedação à proteção insuficiente, já que dispõem, precisamente, sobre situações em que o legislador não poderá omitir-se, isto é, deverá agir, para garantir a proteção adequada aos bens que determina.

Resta claro, portanto, que os mandados de criminalização reclamam a proteção do Direito Penal, fato em decorrência do qual devem ser afastadas medidas despenalizadoras que deixem desprotegidos bens jurídicos de envergadura constitucional. Caso isso ocorra, tais medidas devem ser objeto de controle de constitucionalidade, por ação ou omissão.

Todavia, importa salientar que os mandados de criminalização não têm o condão de delimitar o conteúdo da sanção e a total extensão do tipo penal, cabendo-lhes promover a definição da conduta que se pretende incriminar<sup>216</sup>.

Os mandados constitucionais de criminalização encontram-se dispostos no texto constitucional, por vezes de maneira expressa, noutras de forma implícita. O primeiro caso se dá quando há previsão acerca da necessidade de se criminalizar determinada conduta. O segundo, quando há apenas a evidência da importância de algumas matérias, restando implícita a necessidade de que venham a ser legalmente protegidas.

Para Anabela Miranda Rodrigues, os mandados implícitos de criminalização podem ser compreendidos no sentido de que, onde se vislumbre um bem jurídico constitucionalmente tutelado, tem o legislador o dever de criar a respectiva incriminação para o fato que o lese ou o coloque em perigo, derivando da própria ordem axiológica constitucional os critérios relativos

---

<sup>215</sup>“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; (...)”.

<sup>216</sup>ABRAÃO, Eduardo Pião Ortiz e MARCOCHI, Marcelo Amaral Colpaert. *Mandados de criminalização e crimes contra a criança e o adolescente*, Jus Navigandi, Teresina, ano 14, nº 2218, 28 de julho de 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13233/mandados-de-criminalizacao-e-crimes-contra-a-crianca-e-o-adolescente>>. Acesso em 30 de agosto de 2017.

à necessidade e à medida da criminalização imposta<sup>217</sup>. Os mandados constitucionais de criminalização, como vinculação do legislador à proteção penal de determinados valores tutelados constitucionalmente, devem, portanto, ater-se à convergência entre dois pressupostos, que são, de um lado, a dignidade penal e, do outro, a necessidade de tutela penal<sup>218</sup>.

Nessa toada, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de mandados de criminalização na Carta Política brasileira, decorrentes do dever de proteção estatal, que atuam como limites à liberdade de conformação do legislador penal e impõem a instituição de um sistema de proteção por meio de normas penais. Desse modo, levando em conta o dever de proteção estatal, a par da proibição de uma proteção deficiente, cumpriria ao legislador erigir o sistema de proteção constitucional penal adequado<sup>219</sup>.

Assim, resta clarividente que os mandados constitucionais de criminalização constituem ordens emanadas diretamente da Constituição, seja explícita, seja implicitamente, a qual, reconhecendo a importância de determinados bens jurídicos e sua dignidade penal, impõe ao legislador um dever de agir para tutelá-los de modo adequado e suficiente.

---

<sup>217</sup>RODRIGUES, Anabela Miranda. *A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade*, Coimbra, 1995, p. 290.

<sup>218</sup>AGUILAR, Francisco. *Amnistia e Constituição*, Editora Almedina, 2004, p. 166.

<sup>219</sup>Supremo Tribunal Federal - ADI nº 3112/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Data do julgamento: 02/05/2007.

#### **4. Uma nova análise do controle de constitucionalidade das leis penais através da proporcionalidade**

A ciência jurídica, enquanto ciência cultural evolui permeada por intenso subjetivismo, característica muitas vezes inquietante, pois, sem parâmetros tecnicamente precisos, torna-se laborioso garantir que o Direito positivo não venha a se revelar como mero conjunto de normas, a serviço da grei circunstancialmente dominante. Nessa senda, ganha relevo a importância da tripartição das funções de poder, tal como observada no federalismo brasileiro, com Executivo, Legislativo e Judiciário coexistindo, não precisamente em harmonia — já que a história nos mostra que todo aquele que detém grande parcela de poder tende a dele abusar —, mas, isto sim, na perspectiva de uma tensão salutar, vez que, no plano ideal, o controle ou a compensação dos possíveis excessos de um dos componentes da tríade é exercido pelos demais<sup>220</sup>.

Nos últimos anos novos tipos de abordagem vêm surgindo, firmes na crítica ao subjetivismo excessivo tanto na produção normativa quanto na aplicação dessas normas. No que toca ao Direito Penal, seja por sua missão, seja por seu impacto latente na vida das pessoas, essa preocupação mostra-se assaz justificada. Buscando garantir maior objetividade tanto na condução da produção normativa quanto na prolação de decisões judiciais, posturas comprometidas com resultados efetivamente alinhados com os fins almejados, servindo-se, para tanto, de conhecimentos produzidos por outras ciências, têm ganhado significativo prestígio nos últimos anos. Neste grupo, encontra-se, por exemplo, a denominada Análise Econômica do Direito, que propõe uma abordagem mais científica, enquanto critica o Direito — inclusive o positivo — por sua excessiva abstração e a atuação judicial por enveredar, não raro, pelo indevido caminho do decisionismo<sup>221</sup>.

Entendido o Direito como ciência cultural voltada a regular a conduta humana em suas interações intersubjetivas, garantindo ao Estado-Juiz o monopólio da jurisdição, da coerção e do poder de aplicar penas aos infratores, a fim de garantir a tutela de direitos e a paz social, o Direito Penal exsurge como derradeiro mecanismo colocado a serviço destes objetivos, voltado à salvaguarda dos bens jurídicos mais caros à sociedade, quando todos os demais ramos da ciência jurídica forem insuficientes para tanto. Esta, portanto, a missão do Direito Penal.

Assim, vez que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, documento de regência de todo o conjunto normativo do país, testifica, em seu art. 1º,

---

<sup>220</sup> KOSELLECK, Reinhart. *Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês*, Tradução de Luciana Villas-Boas Castelo-Branco, Editora Contraponto, Rio de Janeiro, 1999, pp. 18-20.

<sup>221</sup> GICO JÚNIOR, Ivo T. *Economic Analysis of Law Review*, Universidade Católica de Brasília – UCB, EALR, V. 1, nº 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010, p. 8 e ss.

parágrafo único, que “todo poder emana do povo”, as normas penais devem refletir a vontade deste, compreendida não como uma vontade de punir pura e simples, a qual vulneraria o próprio sistema de garantias jusfundamentais, mas como o desejo de colocar os mecanismos legais, o sistema de justiça e o aparato estatal a serviço da referida — e hercúlea — missão juspenal.

De fato, não se pode ignorar que algumas das cidades mais violentas do mundo estão no Brasil<sup>222</sup> e que a população se ressentida pela falta de ações que efetivamente se prestem a reverter, de modo sustentável e duradouro, este cenário. Quando o sentimento geral é de insegurança e desamparo, discursos de ódio e promessas de soluções “milagrosas” ganham compreensível, porém perigoso, espaço. Ao passo em que dados estatísticos apontam que corrupção, desigualdade social e economia debilitada são constantes nos lugares mais violentos do mundo<sup>223</sup>, propostas de soluções que ignorem quaisquer destes fatores mostram-se superficiais e demagógicas, na medida em que se aproveitam do desespero da população para manipulá-la.

Parcela significativa dos exemplos exitosos de efetiva reversão de caos na segurança pública nas últimas décadas (tais como Nova Iorque, Medellín, Ciudad Juárez) envolveram a conjugação de múltiplos fatores e esforços, como intenso diálogo entre os diferentes atores da mudança, investimentos públicos e privados, engajamento social, repressão ao crime (inclusive organizado) e ao narcotráfico e medidas de promoção, a fim de evitar o engajamento dos indivíduos no mundo da delinquência ou mesmo o seu retorno a ele<sup>224</sup>. Nessa esteira, essas cidades parecem ter compreendido que a pacificação é um processo e a importância da conscientização, do compromisso coletivo, da educação de políticas públicas adequadas é basilar para que ele se opere adequadamente. Por outro lado, o Estado não pode se esquivar de dar proteção imediata aos bens juridicamente tutelados adotando esse discurso.

Hespanha nos ensina, aliás, que, quando a população não confia no seu sistema de justiça formal abre-se espaço para a evolução e o fortalecimento de outro(s), paralelo(s), alheio(s) ao aparato estatal, tal como ocorreu no Brasil colônia, com a criação do chamado “Direito dos rústicos”, a par do Direito posto e imposto pela metrópole, e tal como observado, ainda hoje, em locais como algumas favelas do Rio de Janeiro.<sup>225</sup>

---

<sup>222</sup>Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43309946>>. Acesso em 28.03.2019.

<sup>223</sup>Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1995/9/03/brasil/22.html>>. Acesso em 28.03.2019.

<sup>224</sup>Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/revista-exame/menos-violenta-e-mais-prospera/>>. Acesso em 02.04.2019.

<sup>225</sup>HESPANHA, António Manuel. *As fronteiras do poder. O mundo dos rústicos*, Revista Sequência, nº 51, p. 47-105, dez. 2005.

Nessa esteira, longe de pretender-se um panegírico de um Direito Penal máximo, excessivamente punitivista ou voltado a ideias que façam lembrar os relatos do primeiro capítulo de “Vigiar e Punir”<sup>226</sup>, este trabalho pretende alertar para a importância da Proporcionalidade no Direito Penal. Entretanto, ante a farta produção acadêmica dedicada ao seu princípio denominado Vedação ao Excesso, em contraste com certa escassez de estudos e pesquisas que voltem seus olhos à Vedação à Proteção Deficiente, é sensível a necessidade de uma maior atenção a este último. Não se nega a importância da produção doutrinária voltada ao estudo do Excesso, necessário, sem dúvida, sobretudo ante o histórico de abusos estatais que passaram a ser reconhecidos e combatidos com marcada ênfase após a Revolução Francesa. De outra parte, percebe-se que o equilíbrio e a moderação, próprios da Proporcionalidade, em si mesmos, começam, cada vez mais, a reclamar prestígio, para que a atenção a um dos princípios (vedação ao excesso) não se agigante em prejuízo do outro, conduzindo, por via oblíqua, a igualmente indesejável proteção deficitária dos bens jurídicos que o Direito (sobretudo o Penal) busca tutelar.

Situando historicamente a realidade atual, observa-se que, em resposta ao positivismo altamente centrado no direito tal como posto, que permitiu até mesmo ensaios de justificativa para os horrores da Segunda Guerra, o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo propõem uma reaproximação entre direito e moral, não baseada no direito natural, como outrora, mas em valores, traduzidos em princípios explícitos ou implícitos no ordenamento (normativismo) como forma de alcançar o dever-ser do Direito, passando a lei a ser interpretada à luz da Constituição<sup>227</sup>.

Neste contexto, o papel do intérprete ganha relevo, mas não se pode perder de vista a cautela necessária para evitar que a excessiva abstração dos conceitos e a aceitação de uma retórica desvinculada de bases e argumentos sólidos e racionais levem a um subjetivismo hermenêutico e decisório que chegue ao patamar do absurdo, da imprevisibilidade e da total insegurança jurídica. A ocorrência de “espaços livres” no ordenamento jurídico e dúvidas na interpretação, que necessitam da criatividade do julgador na aplicação do direito, não pode significar arbitrariedade. O reconhecimento da criatividade do julgador na aplicação do direito não pode servir de escusa para decisões dissociadas dos ideais mais caros ao ordenamento jurídico. A adoção de critérios racionais e objetivos deve nortear a atuação do juiz na busca de

---

<sup>226</sup>FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da prisão*, tradução de Raquel Ramalhete, 42ª Edição, Editora Vozes, Rio de Janeiro, 2017, p. 9 e ss.

<sup>227</sup> COMANDUCCI, Paolo. *Formas de Neoconstitucionalismo*, in Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo*, 3ª Edição, Trotta, Madrid, 2006, p. 87.

uma decisão correta, utilizando-se de padrões de argumentação racional e da discussão. A correção da decisão judicial dependerá de uma eficiente argumentação e do consenso entre os interessados de que a escolha do método na determinação do direito conduz a uma solução racionalmente aceitável e desejada<sup>228</sup>.

Cumprido esclarecer que a importância da utilização da Proporcionalidade — perquirindo objetivamente o sopesamento, a necessidade e a adequação das normas — como filtro no controle de constitucionalidade é premissa da qual partimos. Cuida-se, aqui, portanto, não disto, mas de um ponto adiante: a necessidade de evitar um paradoxo em que a utilização da própria Proporcionalidade sirva à criação (ou à manutenção) de normas desproporcionais, pelo manejo equivocado do princípio, observando apenas sua faceta voltada à proteção ante o arbítrio estatal (vedação ao excesso).

Nesta ordem de ideias, entendemos que o amadurecimento da democracia brasileira e de suas instituições, o cenário caótico de insegurança e a atual conjuntura sócio-política, como um todo, demonstram a necessidade de um controle de proporcionalidade das leis penais que reflita os anseios da sociedade, considerando que muitos são os mecanismos de garantia à vedação ao excesso (a exemplo da ausência de pena de morte, em tempo de paz, da proibição de penas perpétuas — o limite de cumprimento é de trinta anos —, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis), mas os índices de crimes que envolvem violência contra a pessoa ou o patrimônio (vide tópico 2.2) são exemplos que ilustram que a proteção do Direito Penal tem deixado a desejar, gerando fortes sentimentos de insatisfação e de medo nas pessoas e dando margem a que se fortaleçam formas paralelas de poder, notadamente com o avanço das facções criminosas.

Sem olvidar a necessidade de transformações políticas, culturais e sociais, envolvendo múltiplos planos e atores, para a construção de uma sociedade pacífica, o papel do Direito Penal é mostrar que o Estado é capaz de proteger a sociedade e de desestimular o crime, não como meta postergada para um futuro indefinido, mas como obrigação imediata. Assim, pretendemos colaborar com a discussão demonstrando a importância do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis penais, levado a efeito mediante a apreciação da vedação à proteção deficiente, numa atividade que busque apoiar-se em bases o mais objetivas possível (científica ou empiricamente verificáveis), conduzindo o intérprete com maior segurança, do ponto de

---

<sup>228</sup> HAFT, Fritjof. *Direito e linguagem*, in KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, W. (ORG.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*, Tradução de Marcos Kell e Manuel Seca de Oliveira, 3ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2015, p. 316.



vista da eficácia e da eficiência, à consecução de seus fins do que uma atuação meramente intuitiva, baseada no senso comum ou em meras opiniões, por mais bem formuladas que sejam.

#### **4.1 A importância da proporcionalidade na produção normativa penal**

Conforme já delineado, a aplicação do princípio da Proporcionalidade tem ensejo em dois momentos distintos: o primeiro, na orientação do legislador, quando da elaboração da norma; o segundo, destinado ao aplicador do Direito, com destaque para a Corte Constitucional, na interpretação e no controle de constitucionalidade das leis. Assim, muito embora se reconheça a importância da atuação jurisdicional, num sistema tricotômico de repartição das funções do poder que emana do povo num regime democrático, não se deve perder de vista que o primeiro controle de proporcionalidade das leis é aquele a ser exercido pelo próprio legislador. Dito de outro modo, em que pese o princípio da Proporcionalidade ter a sua aplicação mais difundida no âmbito da atividade jurisdicional, a sua importância no processo de elaboração legislativa é inegável. Nesse sentido, aliás, a distinção trazida pela doutrina entre o princípio da Proporcionalidade como norma de ação e como norma de controle<sup>229</sup>.

Ora, se o legislador também é destinatário do princípio da Proporcionalidade, deve realizar a ponderação entre os diversos princípios, buscando a melhor e mais racional solução legislativa. Nesse mister, a proporcionalidade, enquanto norma de ação, é um instrumento catalizador de harmonização e de deliberação racional, manifestando-se através de um comando dirigido ao legislador para que este, na resolução de colisões entre bens, interesses ou valores, adote normas adequadas, necessárias e proporcionais, funcionando implicitamente como mediador das operações de ponderação. Já enquanto norma de controle, o princípio da Proporcionalidade é a norma que define um parâmetro que o juiz constitucional deve usar no exercício das suas competências de controle de normas legislativas, para resolver colisões entre bens, interesses ou valores<sup>230</sup>.

Uma norma de ação pode impor ao legislador vinculações jurídicas cuja observância o juiz constitucional não tem competência para fiscalizar, ou pelo menos não em toda a extensão, por inexistir norma de controle que lhe confira os competentes poderes ou por existirem normas que estabelecem limites ao poder de fiscalização.

---

<sup>229</sup>MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Direitos Fundamentais, Tomo IV, Coimbra Editora, Coimbra, 5ª Edição, 2012, pp. 308 e ss.

<sup>230</sup>CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. *O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos*, Tese elaborada para obtenção do grau de Doutor em Direito, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2016, pp. 56 e ss.

Na seara penal, impende gizar que o legislador ordinário tem a discricionariedade para, em princípio, determinar a extensão de cada ilícito criminal em relação ao qual seja necessária a intervenção protetora do Direito Penal<sup>231</sup>. Tem-se desvelado que a necessidade de proteção normativa é balizada pelo contexto social e pelas circunstâncias fáticas, cabendo ao legislador conferir proteção penal aos direitos fundamentais mais importantes, como a vida, a dignidade humana e a liberdade, dotados que são de primazia constitucional frente a outros de menor envergadura. Nesse sentido, Maria Fernanda Palma obtempera que a mutabilidade histórica e social dos comportamentos influencia diretamente a eleição dos bens jurídicos que merecem proteção penal. Assim é que a perspectiva de que todo sentido do comportamento proibido seria uma opção do legislador, prévia à configuração dos tipos incriminadores, e de que os tipos penais de crime não seriam senão concretizações de um sentido de ilicitude, remete a ideia de adequação social<sup>232</sup>.

A norma penal funciona protegendo as condições elementares mínimas para a convivência e motivando, ao mesmo tempo, os indivíduos para que se abstenham de lesar essas condições elementares. A norma penal tem, portanto, uma dupla função: protetora e motivadora. A proteção supõe a motivação — e somente dentro dos limites em que a motivação pode evitar determinados resultados, pode alcançar-se a proteção das condições elementares de convivência. À norma penal, tal como às demais normas jurídicas, toca uma função eminentemente protetora. A diferença entre ela e as demais normas jurídicas radica na especial gravidade dos meios empregados pela norma penal para cumprir esta missão e em que somente intervém nos casos de ataques muito graves a convivência pacífica na comunidade<sup>233</sup>.

Com efeito, a norma penal protege bens jurídicos, considerados enquanto pressupostos que a pessoa necessita para sua autorrealização e o desenvolvimento de sua personalidade na vida social. A determinação dos bens jurídicos a proteger supõe uma valoração que, como tal, está condicionada historicamente. Os valores a que, em cada época determinada, o legislador comete a tutela penal, dependem não somente das necessidades sociais concretas, mas também, em primeira linha, das concepções morais dominantes na sociedade<sup>234</sup>. Como exemplo recente, cite-se, no Brasil, a Lei nº 13.718 de 24 de setembro de 2018, a qual introduziu diversas inovações e modificações nos crimes contra a dignidade sexual, tipificando os crimes de

---

<sup>231</sup>AGUILAR, Francisco. *Amnistia e Constituição*, Editora Almedina, 2004, p. 173.

<sup>232</sup>PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal, Parte Geral, A teoria geral da infração como teoria da decisão penal*, 3ª Edição, Editora AAFDL, 2017, p. 100.

<sup>233</sup>CONDE, Francisco Muñoz y ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal – Parte general*, 2ª Edición, revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995, Editora Tirant ló Blanch Libros, Valencia, 1996, p. 58.

<sup>234</sup>CONDE, Francisco Muñoz y ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal– Parte General*, (ob. cit.), p. 129.

importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, alterando para pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a dignidade sexual, estabelecendo causas de aumento de pena para esses crimes e criando causa de aumento de pena referente ao estupro coletivo e corretivo, entre outras medidas. O referido diploma deixa transparecer a preocupação do legislador em dar proteção eficiente à dignidade humana, sob o enfoque da liberdade sexual, atento ao fato de que a nova conjuntura tecnológica e cultural passou a exigir alterações na forma como, nessa ambiência, a tutela penal estava formatada, para não deixar desguarnecido tal direito fundamental.

No que tange à ação penal, a alteração trazida pela citada lei de 2018 foi significativa. Oportuno destacar que até o advento da Lei 12.015 de 7 de agosto de 2009, a ação penal nos crimes sexuais era, como regra, de iniciativa privada de acordo com o que estabelecia o *caput* do art. 225 do Código Penal brasileiro. Procedia-se, entretanto, mediante ação pública condicionada à representação se a vítima ou seus pais não podiam prover às despesas do processo sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família e mediante ação pública incondicionada se o crime era cometido com abuso do poder familiar, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador ou se da violência resultasse na vítima lesão grave ou morte. A ação penal era, ainda, pública incondicionada, de acordo com a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, quando o crime de estupro era praticado mediante o emprego de violência real.

A partir da reforma de 2009, a regra passou a ser ação penal pública condicionada, devendo ser pública incondicionada quando a vítima fosse menor de 18 anos ou pessoa vulnerável.

Aparentemente voltada a proteger a vítima de crimes sexuais da vitimização secundária, causada pelo escândalo do processo, quando fosse seu desejo “esquecer” o ocorrido e não ver iniciada a respectiva ação penal, a persistente exceção à regra da ação penal pública incondicionada (art. 100 do Código Penal), titularizada pelo Ministério Público, nos crimes contra a dignidade sexual encontrava críticos ferrenhos. Uma de suas grandes falhas era, exatamente, a margem que abria para a proteção deficitária, sobretudo se levado em conta que, ao proteger o direito da vítima de não ter sua intimidade exposta, deixava-se toda a sociedade à mercê de um delinquente sexual a salvo de punição.

Outra questão — talvez a mais intensamente debatida — era a de que, nos crimes agravados pelo resultado, como no caso de crime de estupro em que da violência resultasse lesão grave ou morte, poderia não haver condições para colher a representação, a exemplo do

que ocorreria se a vítima restasse em coma ou falecesse sem que pudesse ser identificada ou sem deixar pessoas que pudessem representar em seu lugar.

Os que não admitiam essa situação, apoiavam-se nas ideias de autores como Cezar Roberto Bitencourt, que defendia que as disposições da súmula 68 do Supremo Tribunal Federal não só continuavam aplicáveis como eram apenas um reforço ao disposto no artigo 101 do Código Penal, que determina que, nos crimes complexos, a ação é pública incondicionada. Conforme leciona o autor, na ausência de menção expressa, a ação penal seria sempre pública incondicionada (art. 100), de modo que o conteúdo do art. 101 do Código Penal destinar-se-ia, especificamente, “àquelas infrações penais cuja *persecutio criminis* depende da iniciativa do ofendido”<sup>235</sup>. Assim, o artigo 101 seria a exceção das exceções: por força dele mesmo que o crime fosse de ação privada ou condicionada à representação, em se tratando de crime complexo — tal como o estupro qualificado pelo resultado morte da vítima ou lesão grave —, a ação passaria a ser pública incondicionada.

A par das soluções interpretativas trazidas pela doutrina, quando entrou em vigor a redação dada ao artigo 225 pela Lei 12.015 de 2009, o Procurador-Geral da República, ingressou com ADI 4.301, junto ao Supremo Tribunal Federal, solicitando o reconhecimento, inclusive em sede liminar, da inconstitucionalidade, sem redução de texto, do citado dispositivo, para estabelecer que a ação penal no estupro com resultado morte ou lesão corporal grave deveria ser pública incondicionada. Entre os fundamentos invocados — além da ofensa ao princípio da Dignidade Humana e da possível extinção da punibilidade nos inúmeros processos em andamento movidos por estupro com resultado morte ou lesão corporal grave, que passariam a exigir representação, sob pena de decadência —, estava justamente a ofensa ao princípio da proteção eficiente — ou da vedação à proteção deficiente —, enquanto aspecto do princípio da Proporcionalidade.

Sob a vigência da Lei 13.718 de 24 de setembro de 2018, tornando pública incondicionada a ação para todos os crimes de natureza sexual, a ação perdeu o objeto.

Portanto, o juízo de conveniência e oportunidade exercido pelo Poder Legislativo, ao delinear os desenhos da política criminal de acordo com os objetivos sociais decorre de sua posição constitucional como entidade legitimada democraticamente para eleger os bens que merecem proteção, identificar os ilícitos penais, bem como a gravidade das penas,

---

<sup>235</sup>BITENCOURT, Cezar Roberto. *Aplicação da Súmula 608 do STF no Estupro: posição favorável*. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/aplicacao-da-su-mula-608-do-stf-no-estupro-posicao-favoravel/17876>>. Acesso em 04 de maio de 2019.

estabelecendo a devida proporção entre a gravidade do ilícito e a pena. Porém, ressoa salutar que o legislador exerça um rigoroso juízo de proporcionalidade na elaboração das leis, realizando inúmeras ponderações entre os diversos princípios constitucionais e interesses em conflito, merecendo especial atenção no contexto brasileiro o “malsinado” direito fundamental à segurança pública, o que envolve, em sede de Direito Penal, desde o destaque das condutas a serem tipificadas, passando à proporcionalidade entre gravidade da conduta tipificada penalmente e a sanção correlata até a espécie de ação penal adequada a persecução criminal. Nas lições de Conde, esta função crítica não deve, portanto, limitar-se somente aos bens jurídicos protegidos, mas também ao modo de protegê-los, para desembocar finalmente na função político-criminal que determine que bens jurídicos devem proteger-se e como devem proteger-se pela norma penal<sup>236</sup>.

De outra parte, a elevação à categoria de bem jurídico, ou seja, de valor respeitável e que deve ser respeitado, de determinadas vantagens e interesses em benefício de uns poucos e em prejuízo da maioria pode, também, ser vista como uma forma de manter o *status quo*, de modo a conservar a todo custo a atual situação, ou de reacionar frente ao todo, a depender do caso concreto. Desse modo, embora muito se tenha falado até aqui, em evolução do princípio da Proporcionalidade, não se olvida que ainda é comum que se abuse do Direito Penal como sistema de repressão em defesa de algumas minorias dominantes, pondo, por exemplo, a oposição política à margem da lei, castigando os ataques a bens jurídicos instrumentais — a propriedade por exemplo — com a mesma gravidade (ou até mais gravemente) que os ataques à vida, saúde ou liberdade, ou considerando Direitos naturais, imutáveis e permanentes o que não é mais que o interesse pessoal e egoísta dos que exercem o poder.

Assim, em arremate, o legislador é o primeiro guardião do princípio da Proporcionalidade, de modo que todas as facetas da sua atuação merecem o olhar atento da jurisdição constitucional, que ao exercer o controle de constitucionalidade das leis penais, deve estar atenta à análise efetiva da observância dos preceitos constitucionais que devem reger a elaboração daquelas. À Corte Suprema cabe, portanto, verificar a compatibilidade entre os preceitos da Carta Magna e as decisões do legislador ordinário em matéria penal, de modo a observar a supremacia da Constituição.

---

<sup>236</sup>CONDE, Francisco Muñoz y ARÁN, Mercedes García. *Derecho Penal – Parte general*, (ob. cit.), pp. 58-60.

## **4.2 A omissão do legislador como conduta configuradora de uma violação ao dever constitucional de agir**

Conforme se depreende do exposto nos capítulos pretéritos, é a Constituição que define as obrigações essenciais do legislador perante a sociedade. Esta função de proteção ativa da sociedade, configura um Estado não meramente liberal, no sentido clássico, mas um Estado sob nova concepção, dito Democrático e Social de Direito, porque promotor de direitos, bens e valores. Hodiernamente, as Constituições materializam muito mais que meras declarações sobre a forma de organização do Estado, porquanto definem uma gama extensa de direitos fundamentais e estabelecem mecanismos para a sua salvaguarda, dentre os quais se destacam os tribunais que exercem a jurisdição constitucional. Nas precisas lições do mestre Canotilho, uma Constituição tem por mister a revelação normativa do consenso fundamental de uma comunidade política, relativamente a princípios, valores e ideias diretrizes que servem de padrões de conduta política e jurídica<sup>237</sup>.

Segundo Hans Kelsen, a criação de um Tribunal Constitucional, com o escopo de verificar a conformidade das leis com a Constituição, encontra sua justificação na função política da Magna Carta, que é a de estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder do Estado, e na função de guarda como forma de garantir que os limites impostos não sejam ultrapassados<sup>238</sup>.

Doutra banda, para Luís Pereira Coutinho, diferentemente da lógica normativista Kelseniana, seguida na Europa, na tradição constitucional americana a Constituição não é percebida originalmente como um documento meramente legalista, destinado exclusivamente a domar o poder a qualquer custo em todas as circunstâncias<sup>239</sup>. Tendo o controle de constitucionalidade no Brasil bebido de ambas as fontes para alcançar sua formatação atual, adotando-se o modelo misto (vide capítulo 1), a Constituição exsurge como um modo de orquestrar o poder público de um Estado, mas, também, como parte de um processo de transformação. O poder constituinte não se exaure, por conseguinte, na produção normativa, ele é o poder que confere às Constituições seu caráter aberto, com qualidades dinâmicas, mantendo-se sensível às mudanças sociais.

---

<sup>237</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª Edição, Coimbra, Editora Almedina, 1998, p. 1334.

<sup>238</sup>ALVES CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*, Editora Almedina, 2016, p. 99.

<sup>239</sup>COUTINHO, Luís Pereira. *The Passive Sovereignty of the Constitutional Judge a State Theory Approach in Judicial Activism*, Springer, 2015, p. 120 ss.

Por essa leitura, paralela à concepção de supremacia constitucional, emerge o vislumbre da necessidade de controle, culminando no papel ora atribuído ao Estado-juiz no sentido de um agir ativo, face a omissões legislativas relevantes que persistam, as quais se traduzam em um descompasso entre a produção normativa e os ditames da Constituição. Isso porque, como esclarece Luís Roberto Barroso<sup>240</sup>, sempre que violado um mandamento constitucional, a ordem jurídica deve prover mecanismos adequados de tutela (aqui, a jurisdição constitucional), disciplinando os remédios jurídicos próprios e a atuação efetiva de juízes e tribunais.

Como já visto no capítulo 1 deste trabalho, a constatação tanto da ação quanto da omissão inconstitucional decorre da aplicação do postulado da Supremacia Constitucional. No que pertine à inconstitucionalidade por omissão, esta ocorre nas hipóteses em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos necessários para tornar plenamente aplicáveis certas normas constitucionais. Em síntese, a omissão inconstitucional restará caracterizada quando ocorrer a incompatibilidade de uma inação legislativa com a Constituição, em virtude desta atribuir uma obrigação ao Poder Público — de editar comandos normativos essenciais à fruição de direitos nela previstos — e este permanecer inerte. Oportuno realçar que não existe um dever geral de legislar oponível ao Poder Legislativo. O dever de legislar só se verifica nas hipóteses previstas na Constituição. Por conseguinte, a caracterização e o combate à omissão inconstitucional perpassam, primeiramente, pela difícil tarefa de identificar quais condutas podem ser imputadas como obrigatórias ao Poder Legislativo.

Por constituir um não fazer, evidencia-se mais complexa a identificação da conduta omissiva e em qual medida ela representa uma lesão aos preceitos constitucionais. Essa árdua missão é marcada pela tensão decorrente do princípio da Separação de Poderes — e consequente liberdade de conformação do legislador — e o princípio da Força Normativa da Constituição.

Importa acentuar que diante da consolidação da necessidade de se conferir efetividade às normas constitucionais, passou-se a relativizar a autonomia da função legislativa. A gradual evolução da jurisdição constitucional permitiu o reconhecimento da imputação de obrigações ao legislador ordinário e a consequente configuração das referidas omissões inconstitucionais.

Nas lições de Paulo Bonavides, a limitação aos poderes do legislador não vulnera o princípio da Separação de Poderes, uma vez que o raio de autonomia, a faculdade política

---

<sup>240</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, Editora Saraiva, São Paulo, 7ª Edição, 2018, p. 531.

decisória e a liberdade do legislador para eleger, conformar e determinar fins e meios se mantêm de certo modo plenamente resguardada, desde que restem preservados os valores e princípios estabelecidos pela Constituição. As limitações que hoje norteiam a atuação do legislador configuram, conforme já assinalado, o reconhecimento da supremacia da Constituição sobre a lei, isto é, a preponderância sólida do princípio da Constitucionalidade, hegemônico e moderno, sobre o princípio da legalidade em sua roupagem antiga, de inspiração liberal<sup>241</sup>.

É cediço o reconhecimento, atualmente, das normas constitucionais como normas jurídicas, propriamente ditas. Partindo de tal premissa, no momento em que a Constituição é tida não mais como mera declaração política, exige-se que o seu conteúdo produza efeitos concretos. Nessa senda, surge o princípio da Força Normativa da Constituição, segundo o qual, na solução dos problemas jurídico-constitucionais, deve dar-se prevalência às concepções que, considerando as balizas e diretrizes da Constituição, contribuem para o alcance da eficácia ótima da lei fundamental<sup>242</sup>. Esta nova dogmática constitucionalista moderna nos revela que as leis devem ter como parâmetro a força normativa da Constituição, de modo a atingir os seus objetivos, encetando valores que devem ser resguardados no plano fático-social através de uma atuação positiva, não apenas como garantia e limites impostos aos poderes constituídos, como no Estado Liberal<sup>243</sup>.

No âmbito específico do Direito Penal, não se desconhece que são razões de política criminal que impulsionam a criminalização, ou não, de certas condutas, cuja tipificação pareça de duvidosa vantagem, ou seja, a determinação de quais bens jurídicos devem ser tutelados pela norma penal cabe, como regra, ao legislador, representante eleito do povo<sup>244</sup>. Por outro lado, existem determinadas hipóteses em que a Constituição impõe um dever de incriminação ao legislador — são os chamados mandados constitucionais de criminalização.

Os mandados constitucionais de criminalização limitam a discricionariedade do legislador ordinário em eleger as condutas a tipificar, pois há uma imposição preexistente nesse sentido, emanada da própria Constituição. Com efeito, a Constituição Federal Brasileira determinou a obrigatoriedade de incriminar condutas que ofendam ou coloquem em risco

---

<sup>241</sup>BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 24ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo, 2009, pp. 399-400.

<sup>242</sup>BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, Editora Saraiva, São Paulo, 7ª Edição, 2018, p. 256.

<sup>243</sup>HESSE, Konrad. *Temas de Direito Constitucional: A Força Normativa da Constituição*, Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Saraiva, São Paulo, 2013, p. 124 ss.

<sup>244</sup>CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, Volume I, Livraria Almedina, Coimbra, 1993, p. 8.



certos bens jurídicos considerados relevantes ao exercício de inúmeros direitos fundamentais, vinculando a atuação do legislador.

Um exemplo emblemático de mandado de criminalização é o referente ao terrorismo, o qual teve importantes inovações com o advento da Constituição Federal de 1988<sup>245</sup>. Até a edição da Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, que regulamentou o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o tema, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista, não havia um tipo penal próprio e válido para reprimir o terrorismo, restando patente uma lacuna, em que pese alguns doutrinadores, à época<sup>246</sup>, a despeito da ausência de tipicidade do crime em testilha, tentarem, mediante interpretação analógica, justificar a adequação de condutas terroristas à figura típica encartada no artigo 20 da Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983 (Lei de Segurança Nacional), esbarrando, porém, na violação manifesta aos princípios constitucionais penais, em especial ao princípio da Legalidade.

Nesse sentido, autores da envergadura de Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho<sup>247</sup>, já alertavam para a extrema gravidade de que se reveste o fenômeno do terrorismo, evidenciando a premente necessidade de se buscar seu controle efetivo, sobretudo ante as formas modernas assumidas por essa espécie peculiar de delinquência. Assim, desde muito, defendiam a existência de uma legislação própria, que enfrentasse com suficiência o problema, a fim de preencher a lacuna diagnosticada no ordenamento jurídico nacional.

Em verdade, o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu a inexistência do crime de terrorismo no âmbito do ordenamento jurídico pátrio. A questão envolvendo o terrorismo foi objeto de análise na questão de ordem na prisão preventiva para extradição nº 730 do Distrito Federal (PPE 730 QO/DF), julgada em 2014, em que a República do Peru, com fundamento em tratado bilateral de extradição, requereu a decretação da prisão cautelar de Segundo Panduro Sandoval, que era submetido, naquele país, a atos de investigação penal pela suposta prática do

---

<sup>245</sup>“Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:[...]VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:[...]XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;”

<sup>246</sup>SOBRINHO JÚNIOR, José Gomes. Terrorismo e a Leniência Legislativa, 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46925/terrorismo-e-a-leniencia-legislativa>>. Acesso em 21 de abril de 2019.

<sup>247</sup>PRADO, Luiz Regis.; CARVALHO, Érika Mendes. *Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual*. Disponível em: <<http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Delito%20pol%EDtico%20e%20terrorismo.pdf>>. Acesso em: 06 maio de 2019.

crime de terrorismo. Analisando a solicitação do Estado requerente, o ministro Celso de Mello observou, dentre outras circunstâncias, que o pedido se mostrava inviável, porquanto fazia-se ausente a observância do princípio da Dupla Tipicidade, o qual obriga que o fato imputado seja previsto como crime tanto no ordenamento jurídico do Estado requerente como no sistema jurídico do Estado ao qual se formula o pedido extradicional<sup>248</sup>. Tal previsão constava do ordenamento peruano, mas não do brasileiro.

Assim, durante muito tempo, o delito de terrorismo careceu de regulamentação própria em solo brasileiro, mesmo havendo uma determinação expressa dirigida ao legislador neste sentido, desde a Constituição de 1988, restando inexecutável o respectivo preceito constitucional. Portanto, esquivou-se o legislador, por décadas, do indispensável dever de definir o conceito de terrorismo, não servindo para tal fim a incriminação insculpida no art. 20 da Lei de Segurança Nacional. Mais que isso: a interpretação analógica pretendida por parte da doutrina afrontava o inafastável imperativo de clareza, precisão e certeza na descrição das condutas típicas — princípio da Legalidade —, não se prestando a descaracterizar a omissão inconstitucional em que incorreria o legislador, haja vista que os ditos mandados de criminalização, mais detidamente abordados em tópico apartado deste trabalho, obrigam o legislador ordinário a regular matéria específica em diplomas legais que não só alberguem, como alberguem satisfatoriamente os bens jurídicos contemplados.

Fato é que somente no contexto dos preparativos para a realização dos jogos olímpicos no Brasil, em 2016, é que se procurou envidar os esforços necessários para coibir, via legislativa, práticas terroristas. Atentando para o vazio existente no arcabouço normativo pátrio, a Lei nº 13.260 de 2016 disciplinou, em seu artigo 2º, que o terrorismo consiste na prática, por

---

<sup>248</sup>“Prisão preventiva para fins extradicionais – extraditando submetido a investigação penal pela suposta prática do “crime de terrorismo” – controvérsia doutrinária existente em torno da definição e da tipificação penal dos atos de terrorismo no ordenamento positivo brasileiro – indefinição, no plano internacional, do conceito de terrorismo para efeito de sua prevenção e repressão – convenção interamericana contra o terrorismo (2002) – o repúdio ao terrorismo e a rejeição da exceção de delinquência política – precedente do Supremo Tribunal Federal (ext 855/Chile, rel. Min. Celso de Mello) – o postulado da tipicidade (ou da dupla incriminação) como um dos requisitos necessários ao atendimento do pedido de extradição (e, também, à decretação da prisão cautelar para efeitos extradicionais) – postulação deduzida por estado estrangeiro que não observa requisitos impostos pelo tratado bilateral de extradição celebrado com o Brasil – “*pacta sunt servanda*” – pedido de prisão cautelar para efeitos extradicionais insuscetível de acolhimento, por estar insuficientemente instruído – necessidade de diligências complementares – determinação do relator para que a instrução documental fosse complementada – imprescindibilidade dos elementos faltantes (descrição dos fatos imputados, indicação do tempo e local de sua suposta ocorrência, identificação do órgão judiciário competente para o processo e julgamento do ilícito penal e cópia das normas concernentes ao regime jurídico da prescrição penal no estado requerente) – notificação formal da missão diplomática do estado requerente – não atendimento dessa determinação judicial – descumprimento de obrigação jurídico- processual que incumbe, exclusivamente, ao estado requerente – precedentes – pedido de prisão cautelar para efeitos extradicionais não conhecido – processo julgado extinto. Supremo Tribunal Federal – QUESTÃO DE ORDEM NA PRISÃO PREVENTIVA PARA EXTRADIÇÃO 730 DISTRITO FEDERAL, Relator Ministro Celso de Mello, Data do julgamento: 16/12/2014.

um ou mais indivíduos, dos atos previstos neste artigo, mas desde que por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.

Em que pese a lacuna legislativa ter sido sanada com a edição do referido diploma legal, no início do ano de 2019 outra discussão ganhou força: após terem sido realizados inúmeros ataques comandados por facções criminosas de dentro de presídios no Brasil (Estado do Ceará)<sup>249</sup>, muito se questionou acerca do enquadramento típico, ou não, de referidas condutas ao tipo penal do terrorismo previsto na recém-mencionada Lei Antiterror, uma vez que ausente o especial fim de agir nela mencionado.

Como já enfatizado no tópico sobre a sociedade do medo e a expansão da criminalidade organizada, o Brasil tem vivenciado, nos últimos anos, um sensível aumento da criminalidade organizada, ocasionando um grande clamor social por medidas legislativas que reprimam de modo mais veemente condutas cometidas na ambiência das chamadas facções criminosas, abrangida não só a ideia de punições mais severas como também seu reconhecimento como verdadeiras organizações terroristas. Essa linha de raciocínio alinha-se com o entendimento de que o terrorismo deve compreender o agir delituoso que atenta contra direitos fundamentais do ser humano, dispostos no texto constitucional e reconhecidos como esteio da ordem política e da paz social, os quais vocacionados a comprometer a estabilidade e a própria existência do Estado de Direito.

Por outro lado, mostra-se clarividente que a proteção jurídica conferida pela Lei 13.260 não abarca por completo essas formas peculiares de “terrorismo” inseridas no contexto fático-social brasileiro, tendo o artigo 2º da referida lei disciplinado que a prática de quaisquer das condutas elencadas pelo tipo definidor exigem uma motivação específica, caracterizada quando o sujeito age por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, deixando descobertos, portanto, aqueles atos de terror que, frequentemente praticados por organizações criminosas no Brasil, atacam o poder público, o patrimônio público e privado, a paz social e a sociedade como um todo, sem possuir aquele específico fim de agir. Tem-se, aqui, por conseguinte, significativo exemplo de violação ao princípio da Vedação à Proteção Deficiente.

---

<sup>249</sup> Disponível em: <<https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2019/01/17/atos-criminosos-no-ceara-precisam-ser-tipificados-como-terrorismo-diz-o-governador-camilo-santana.ghtml>>. Acesso em 08 de maio de 2019.

Pode-se observar que os princípios influenciam diretamente o legislador, na criminalização de condutas, o operador jurídico, na interpretação e aplicação da lei penal, e, também, a própria validade desta, no sentido de manter a compatibilidade necessária com o texto constitucional, sob pena de ser declarada inconstitucional. Nessa ordem de ideias, os já abordados princípios regentes do Direito Penal impõem, de modo inarredável, que a lei penal incriminadora possibilite ao cidadão a perfeita compreensão de seus ditames, a fim de permitir aos destinatários o conhecimento prévio do que é penalmente lícito e ilícito, constituindo-se tal imposição numa garantia do indivíduo em face do Estado.

Por conseguinte, sendo defeso dilatar o alcance do artigo definidor (art. 2º) além das fronteiras que o texto expresso comporta, em que pese ter sido tipificada a prática de terrorismo pela Lei nº 13.260/2016, observa-se que a proteção foi conferida de maneira apenas parcial, permitindo que bens jurídicos de significativa importância não fossem contemplados de acordo com as necessidades prementes da sociedade brasileira. Desse modo, para que a conduta terrorista não acabe premiada com a impunidade, frente aos princípios e correlatos requisitos mui específicos da lei penal incriminadora, resta lançar mão de outros tipos previstos no sistema penal vigente, a partir das disposições da lei penal fundamental, o que obriga o intérprete a tratar muitos dos atos delitivos cometidos por organizações criminosas como crimes comuns (delitos contra o patrimônio, entre outros), enquadrando-os noutras condutas típicas, à falta de normas penais que permitam a subsunção específica, cuja carência continua a ser sentida no ordenamento.

Noutro giro, se tais atos, houvessem sido abrangidos como atos terroristas, propriamente ditos, teria andado melhor o legislador. É que, diversamente do observado em outras partes do mundo, o terrorismo no Brasil existe, mas existe de modo peculiar. Tal conclusão apoia-se no fato de que, enquanto o terrorismo por razões de intolerância religiosa seja talvez o mais comum no mundo, no Brasil, país marcado pela diversidade e até mesmo pela justaposição religiosa, será fatalmente mais raro encontrá-lo vinculado a esse tipo de discriminação. O mesmo se diga em relação à xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião — evidente que há condutas delitivas motivadas por essas razões, mas não contém, aqui, comumente, a orquestração e o intento que marcam o ato terrorista desse jaez. Aqui, os atos que causam terror são comezinhos, sim, mas movidos mormente por interesses financeiros da criminalidade organizada e disputas de poder e território de atuação. Restringir, no artigo que se presta a definir o terrorismo (art. 2º), da forma como fez o legislador na redação da Lei nº 13.260 de 16 de março de 2016, é quase o mesmo que torná-lo inócuo à nossa realidade. Daí desponta a

conclusão de que o legislador atuou, sim, para sanar a lacuna existente em relação ao crime de terrorismo, mas não o fez a contento, persistindo a omissão inconstitucional.

Em arremate, se é certo que o princípio da Separação de Poderes constitui um limite expressivo à atuação da jurisdição constitucional, não podendo invadir o núcleo essencial dos demais poderes, notadamente nos terrenos da liberdade de conformação legislativa, fulcrada no princípio Democrático da Maioria, não podendo as opções políticas dos juízes, simplesmente, sobrepor-se às legítimas opções políticas do legislador<sup>250</sup>, não é menos certo que há situações em que a omissão legislativa conclamará o Estado-juiz a exercer o competente controle jurisdicional. Na mesma ordem de ideias, se é certo que os mandados constitucionais de criminalização tornam evidentes as condutas que não pode o legislador deixar de coibir penalmente, não é menos certo que há situações excepcionais em que similar dever de agir pode ser extraído diretamente da leitura dos princípios constitucionais e direitos fundamentais correlatos, feita ao lume das circunstâncias fático-sociais pertinentes, as quais são mutantes, como mutante é a própria sociedade. E, finalmente, se é certo, como dito, que há situações em que, face à supremacia da Constituição e a todo o arcabouço jusfundamental que ela açambarca, mais do que faculdade, há verdadeiro dever de agir legislativo, não é menos certo que uma produção normativa que não se alinhe à realidade nacional, que se mostre inócua a proteger os bens jurídicos por ela tutelados de forma efetiva (tal como ocorreu com a Lei 13.260 de 16 de março de 2016, torna persistente a omissão inconstitucional), faz subsistir o espaço e, eventualmente, a necessidade de controle, inclusive no âmbito judicial, da omissão inconstitucional.

Ainda quanto aos mandados constitucionais de criminalização, cumpre observar que se voltam à concretização de deveres de proteção (vide capítulo 3.4.1 deste trabalho), mediante a criminalização de condutas. Consoante leciona o ministro Gilmar Mendes<sup>251</sup>, essa feição objetiva dos direitos fundamentais traduz a ideia de que o Estado deve não apenas observar os direitos dos indivíduos em face das incursões indevidas do Poder Público, mas, igualmente, garantir estes direitos, inclusive contra agressões de terceiros. Assim é que, realçando, mais uma vez, a importância central da proporcionalidade, tem-se que as determinações constitucionais de criminalização, impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da Proporcionalidade, como proibição de excesso e como proibição de proteção deficiente. Significa dizer que a intromissão estatal, por meio do Direito Penal,

---

<sup>250</sup> ALVES CORREIA, Fernando Alves. *Justiça Constitucional*, (ob. cit.), p. 107.

<sup>251</sup> MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 10ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2015, p. 491.

como razão última, deve pautar-se sempre pelo princípio da Proporcionalidade, em sua dúplici feição.

### **4.3 A visão unilateral da proporcionalidade sob o prisma da proibição de excesso**

Conforme registrado no capítulo 3.1 deste trabalho, a atual noção de proporcionalidade vem sendo colmatada ao longo de séculos, remontando à Antiguidade, com as lições do filósofo grego Aristóteles. Como se viu, esse cânone, que, hoje, irriga a Ciência Jurídica como um todo e, de modo especial, o Direito Penal, começou a restar melhor delineado no século XVIII, na esteira das ideias iluministas de limitação do poder<sup>252</sup>.

Em apertada síntese, os penalistas do Iluminismo pretendiam racionalizar o castigo para que atuasse, ao mesmo tempo, como instrumento estatal, para fins sociais, e como limite ao Estado, protegendo o cidadão. Para Anderson Sant’Ana Pedra, o movimento iluminista era, a princípio, uma tentativa de negar o poder ou de impor-lhe limites, mais do que de organizá-lo — algo que ocorreu no início da era moderna. Segundo o autor, isso se observa não apenas, nomeadamente, nas reformas políticas que dariam início à codificação, como “manifestação do principal limite à arbitrariedade do poder, ao mesmo tempo que seu fundamentador”: o princípio da Legalidade. É que a nova classe social dominante à época, isto é, a burguesia, pretendia não só impedir que o poder soberano atentasse contra essas regras, mas, também, que nem a nobreza nem os setores populares pudessem se furtar às regras do capitalismo expansivo. Essas preocupações levariam a burguesia a atuar para limitar a esfera da autoridade, buscando circunscrevê-la a limites precisos, como salvaguarda das regras mínimas da convivência social, a fim de garantir o livre “jogo do mercado”<sup>253</sup>. Porém, outro limite a essa esfera também se fazia sentir: era o princípio da Proporcionalidade, que, inicialmente, impediria que o soberano pudesse impor penas que não guardassem uma correspondência com o fato que motivava a sanção. Assim, a necessidade de impor limites ao poder punitivo, que garantia, pela violência, o poder estatal, mas vulnerava interesses da Revolução Industrial, acabaria, por via transversa, propiciando o maior desenvolvimento da ciência jurídica, como garante do indivíduo e configuradora de um poder limitado e democratizado<sup>254</sup>. Portanto, infere-se que o princípio da

---

<sup>252</sup>PEDRA, Anderson Sant’Ana. *O Controle da Proporcionalidade dos Atos Legislativos, A Hermenêutica Constitucional como Instrumento*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2006, p. 189-190.

<sup>253</sup>ANITUA, Gabriel Ignacio. *Historias de los pensamientos criminológicos*, Tradução de Sérgio Lamarão, Editora Revan, Rio de Janeiro, 2008, pp. 164-165.

<sup>254</sup>ANITUA, Gabriel Ignacio. *Historias de los pensamientos criminológicos*, (ob. cit.), p. 165.

Proporcionalidade teve sua gênese atrelada a necessidade de imprimir um limite aos abusos estatais, sendo concebido sob a vertente da proibição de excesso diante do contexto político-social vigente à época.

Nessa senda, o princípio da intervenção penal mínima decorre diretamente da proibição de excesso, na medida em que visa impedir que comportamentos indesejados que possam ser eficazmente combatidos através de outros ramos do Direito, sejam indevidamente abrangidos pelo Direito Penal, sujeitando, desnecessariamente, os infratores às suas tenazes. O princípio da intervenção mínima representa uma limitação ao *jus puniendi* estatal, que deve orientar e limitar o poder incriminador do Estado, manifestando uma das principais diretrizes do garantismo penal negativo, que germinou sob a influência da ideologia liberalista. É evidente que nem todo bem jurídico pode converter-se automaticamente em bem jurídico-penal, uma vez que a proteção penal não deve estender-se a todas as modalidades de ataque. De acordo com Luiz Flávio Gomes a necessidade é o critério que orienta a seleção do bem jurídico que merece proteção penal, servindo de norte tanto o princípio da intervenção mínima como o da ofensividade, onde para justificar a restrição de um direito fundamental, sobretudo o da liberdade individual não há dúvida que a proporcionalidade, sob o enfoque do subprincípio da necessidade, exige uma ofensa a outra liberdade de igual ou maior relevância<sup>255</sup>.

É inegável a influência que o princípio da intervenção mínima e da ofensividade exercem na produção legislativa, notadamente na escolha dos bens jurídicos que merecem tutela penal. Portanto, é da essência do Direito Penal que, desde a eleição das condutas a incriminar, a necessidade, como subprincípio da proporcionalidade, deve ser observada, mas não sob uma perspectiva monocular alicerçada tão somente na proibição de excesso.

Atualmente, pode-se afirmar que o princípio da Proporcionalidade é visto como decorrente do caráter principal das normas e da função distributiva do Direito, o qual tem sua aplicação balizada pela relação meio-fim intersubjetivamente controlável<sup>256</sup>. Tendo em vista seu caráter central e metodizante, no ordenamento, o exame da proporcionalidade se aplica sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade, devendo ser analisadas as possibilidades de tal medida levar à realização da finalidade pretendida (adequação), de ser a menos restritiva aos direitos envolvidos (necessidade) e de a finalidade pública ser valiosa a ponto de justificar a restrição (proporcionalidade em sentido estrito). Isso

---

<sup>255</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Ofensividade no Direito Penal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 45

<sup>256</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, Editora Malheiros, São Paulo, 2003, p. 105.

se aplica tanto à produção quanto à interpretação e à aplicação normativa, permeando e orientando, como um dever-ser, as atividades correlatas a todas as funções de poder estatal.

Cabe acrescentar, ainda, que, na configuração atual do princípio em tela, o componente da necessidade tem origem no Direito Administrativo de polícia da Prússia dos séculos XVIII e XIX, vinculado à ideia de que o Estado somente pode limitar com legitimidade a liberdade do indivíduo na medida em que isso for necessário à liberdade e à segurança de todos, de modo a evitar excessos.<sup>257</sup> Nessa perspectiva, o princípio da proporcionalidade tem por finalidade estabelecer uma intervenção penal adequada na liberdade do cidadão, fulcrada na proporção entre a gravidade do crime praticado e a adoção da penalidade necessária e suficiente para a prevenção e reprovação do fato típico.

Noutro giro, importa realçar, ainda, que o princípio da Proporcionalidade, enquanto princípio de estatura constitucional, guarda correlação com o próprio princípio da Constitucionalidade, o qual deslocou para o respeito aos direitos fundamentais o centro gravitacional do ordenamento jurídico. Nessa senda, a proporcionalidade emerge como um princípio constitucional, a serviço do controle de constitucionalidade, marca de Estados em que o legislador deve real obediência aos ditames constitucionais e em que sua atividade é sujeita a efetivo controle<sup>258</sup>, inclusive judicial.

O princípio da Proporcionalidade, coroa, portanto um novo Estado Democrático de Direito, em que já não se tolera uma constitucionalidade meramente formal. Nesse Estado, para o alcance da constitucionalidade material, a proporcionalidade se mostra como o instrumento mais poderoso de garantia dos direitos fundamentais contra possíveis excessos ou omissões do legislador, em seu agir para, dentro das reservas de lei, preencher o espaço a Constituição lhe confere para atuar.

Com efeito, na vertente da proibição de excesso o legislador tem sua liberdade de conformação limitada tanto para tipificação de condutas, como também pela quantidade e qualidade da sanção penal. Conforme orienta José Luis Díez Ripollés, a premissa é que qualquer instrumental racionalizador deve vir alicerçado na convicção de que é imprescindível garantir uma adequada análise da realidade social que se pretende regular, das necessidades coletivas que se pretende atender, das alternativas defendidas pela comunidade e das consequências da

---

<sup>257</sup>CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. *O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controle de atos legislativos*, Tese elaborada para obtenção do grau de Doutor em Direito, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2016, pp. 26-27.

<sup>258</sup>BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 24ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo, 2009, p. 398.



intervenção<sup>259</sup>. Assim é que, em determinados tipos penais, o legislador não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico, mas seleciona grupos de comportamentos que, no seu entender, produzem o indesejado perigo, ainda que abstrato, a tal bem, baseando-se, para isso, em dados que atestam a necessidade de se criminalizar determinada conduta.

Do ponto de vista da técnica legislativa, as normas penais incriminadoras são descrições de “tipos sociais de crime”, pressupostos pelo legislador, isto é, de imagens ou representações de espécies de figuras delitivas, relativamente concretas, concebendo, com a maior exatidão possível, o âmbito do proibido e a respectiva consequência<sup>260</sup>. De fato, o legislador goza de ampla liberdade para dispor sobre as condutas que merecem uma reprimenda penal, de modo que a legitimidade de suas decisões deve ser tecnicamente apoiada e fundamentada, pois quando há evidências contundentes de que tais decisões se fundamentaram em premissas empíricas, normativas ou analíticas equivocadas, evidencia-se uma desproporção<sup>261</sup>.

Ademais, ultrapassada a necessidade de criminalização de determinado comportamento, importa destacar que a proporcionalidade deve ser verificada entre a gravidade do fato típico praticado e duração da sanção imposta, não podendo haver um excesso punitivo, estabelecendo-se um limite para a criminalização e eleição da pena necessária à prevenção e repressão<sup>262</sup>. A pena deve ser, portanto, proporcional à magnitude da lesão ao bem jurídico.

Com efeito, o Poder Legislativo não pode atuar de maneira imoderada, nem formular regras legais cujo conteúdo revele deliberação divorciada do princípio da Proporcionalidade, que visa exatamente inibir e neutralizar o abuso do Poder Público. Neste sentido, o ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello já decidiu inclusive que punir quem comete crime de receptação qualificada de forma mais severa do que o autor de receptação simples<sup>263</sup> afronta diretamente o princípio da proporcionalidade. Isso porque o primeiro supõe mero dolo indireto

---

<sup>259</sup>RIPOLLÈS, José Luis Díez. *A Racionalidade das Leis Penais: Teoria e Prática*, tradução de Luiz Regis Prado, 2ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 189.

<sup>260</sup>QUINTELA DE BRITO, Teresa. *O princípio da legalidade como parâmetro de interpretação das normas penais na doutrina portuguesa in Anatomia do Crime*, Revista de Ciências Jurídico-Criminais – nº 8, julho-dezembro de 2018 semestral, editora Almedina, p. 54.

<sup>261</sup>PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, (ob. cit.), p. 797.

<sup>262</sup>LEVORIN, Marco Polo. *Princípio da Proporcionalidade Penal: Decorrencia Lógica dos Direitos Humanos*, Paco Editorial, São Paulo, 2016, p. 146.

<sup>263</sup>Código Penal brasileiro - Receptação simples – “Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Receptação qualificada § 1º - Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, coisa que deve saber ser produto de crime: Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa.”

eventual, ou seja, a pessoa não quer cometer o crime diretamente, contudo, assume o risco de produzi-lo. No segundo caso, o crime é cometido por um indivíduo consciente de sua prática ilegal. Celso de Mello entende que a regra ofende o princípio da proporcionalidade, aduzindo que “Vê-se que o legislador brasileiro — ao combinar pena mais leve a um delito mais grave e ao punir, com maior severidade, um crime revestido de menos gravidade — atuou, de modo absolutamente incongruente, com evidente transgressão ao postulado da proporcionalidade”. Pontuou ainda o ministro que “dentro da perspectiva da extensão da teoria do desvio de poder ao plano das atividades legislativas do Estado, que este não dispõe de competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável” <sup>264</sup>.

Com efeito, o legislador deve ser muito criterioso ao determinar a intervenção penal através da tipificação e de suas respectivas penas, uma vez que esta intervenção deve estar pautada pela proporcionalidade, em uma relação de correspondência de grau entre o mal causado pelo crime e o mal que se causa por via da pena. Assim é que o princípio da proporcionalidade veda um excesso punitivo, ou seja, só se admite restrição de direitos fundamentais quando for estritamente necessária, surgindo verdadeira proibição de excesso na limitação de direitos fundamentais.

Ainda no que tange às penas, a Constituição brasileira veda, expressamente, penas de caráter cruel, desumano ou degradante, bem como penas de morte (como regra) e prisão perpétua. Significa dizer que essas penas são consideradas, por natureza, excessivas, restando sua proibição como limite à atuação do legislador, que não pode descumprir tais mandamentos constitucionais. Ademais, a implementação de um quadro geral de ilícitos criminais e de penas reclama acurada análise da realidade social, a fim de que sejam selecionadas, especificadas e graduadas, segundo parâmetros constitucionais, os comportamentos humanos infratores de bens jurídicos essenciais e as correspondentes penas, proporcionais a cada fato<sup>265</sup>. Assim é que o princípio da Proporcionalidade veda o excesso punitivo, somente possibilitando a restrição a direitos fundamentais, quando estritamente necessária, advindo daí a proibição de excesso na limitação de direitos fundamentais<sup>266</sup>, aqui abordada como vertente primeira — clássica e, antes, tida como única — do princípio da Proporcionalidade.

Fato é que, durante muito tempo, a proporcionalidade foi considerada apenas em sua concepção clássica, de proibição de excesso, construída através dos ideais que fundamentaram

---

<sup>264</sup> Supremo Tribunal Federal – Medida cautelar em *habeas corpus* 102.094-MC/SC, Ministro Relator Celso de Mello, Data do julgamento: 01/07/2010.

<sup>265</sup>QUINTELA DE BRITO, Teresa. *O princípio da legalidade ....* (ob. cit.), p. 49.

<sup>266</sup>LEVORIN, Marco Polo. *Princípio da Proporcionalidade Penal: Decorência Lógica dos Direitos Humanos*, Paco Editorial, São Paulo, 2016, p. 146.

o liberalismo do período iluminista, centrado na defesa do indivíduo perante os abusos do Estado. O próprio caminhar da evolução histórica e jurídica da sociedade, porém, tem demonstrado a insuficiência dessa visão monocular do cânone em tela. É que, em que pese não se negar a importância fulcral da visão da proporcionalidade em seu sentido clássico, para a proteção de direitos fundamentais, suprimir-lhe seu outro sentido — complementar —, o de vedação da proteção insuficiente, é permitir via aberta a uma leitura enviesada dessa importante peça da organização social, abrindo via à inflação do garantismo penal negativo, em detrimento da proteção de bens jurídicos e da própria paz da sociedade, ocasionando desequilíbrio que equivale a uma negação ontológica da proporcionalidade em si.

De acordo com Francisco Aguilar, o legislador dispõe de uma discricionariedade política que, em princípio, não pode ser controlada judicialmente, só sendo possível o controle da decisão legislativa ao nível de critérios lógicos e racionais quando ultrapassado o extremo limite do largo campo da liberdade de conformação<sup>267</sup>. Nessa esteira, não se pode olvidar que muitas vezes as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Carta Política, situação que pode ser atestada com supedâneo no princípio da Proporcionalidade, tanto na vertente da proibição de excesso, como na vertente da proibição de proteção deficiente, quando então o Tribunal Constitucional deverá exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais.

#### **4.4 O necessário contrapeso da proibição de proteção deficiente no controle de constitucionalidade**

Consoante demonstrado nos capítulos anteriores, o Estado tem o dever de agir na proteção dos bens jurídicos, especialmente aqueles de estatura constitucional, sempre observando o princípio da Proporcionalidade. Alicerçado nos ideais trazidos pelo liberalismo do período iluminista, que forjou as vigas elementares do Estado de Direito, durante muito tempo a proporcionalidade foi aplicada apenas sob o enfoque de sua vertente de proibição de excesso, notadamente no âmbito do direito penal, sob a égide de um garantismo penal negativo.

Com efeito, o garantismo mostra-se, sobretudo, como uma teoria de base constitucional orientada a uma otimização dos direitos fundamentais, o que significa assegurar, juridicamente, a sua realização, tarefa constitucionalmente imposta ao legislador, a partir das próprias normas jusfundamentais, competindo-lhe editar os instrumentos necessários à tutela desses direitos

---

<sup>267</sup>AGUILAR, Francisco. *Amnistia e Constituição*, Editora Almedina, 2004, pp. 115-117.

frente a suas principais ameaças (aos indivíduos e ao Estado), de modo a minimizar as agressões oriundas de particulares e a conter as arbitrariedades do poder público<sup>268</sup>. Por sua vez, a necessidade de equacionar as funções de limite à intervenção (proibição de excesso) e imperativos de tutela (proibição de proteção deficiente), projeta-se como uma obrigação de dupla face, dirigida, em um primeiro momento, ao legislador, cuja atividade, se desbordante desses limites máximo e mínimo de intervenção, sujeita-se a revisão da justiça constitucional<sup>269</sup>.

Os limites superior e inferior da proporcionalidade (proibição de excesso e proibição de proteção deficiente), aplicados no âmbito do Direito Penal, impedem a adoção tanto de políticas criminais de típica de “tolerância zero”, na linha de um Direito Penal máximo, quanto de uma perspectiva abolicionista de um, amplamente permissivo Direito Penal mínimo. Isso porque, consoante restou esclarecido no capítulo anterior, inobstante a curial e inolvidável importância da proporcionalidade em sua concepção clássica, voltada à proibição de excesso, o reconhecimento de seu duplice sentido, a abranger a vedação da proteção insuficiente, é indispensável à correta e equilibrada aplicação do princípio em análise, a fim de que não se preste, bem ao contrário de sua verdadeira vocação, a servir de salvo-conduto para indivíduos que, a partir de condutas ofensivas a bens jurídicos dos mais valiosos à sociedade, vulneram a ordem nesta estabelecida, confiantes na impunidade ou na ausência de uma consequência legal “séria” para seus atos.

Rogério Greco assevera que se por um lado, não se admite o excesso, por outro, não se admite que um direito fundamental seja deficientemente protegido, seja mediante a eliminação de figuras típicas, seja pela cominação de penas que ficam aquém da importância exigida pelo bem que se quer proteger, seja pela aplicação de institutos que beneficiam indevidamente o agente infrator etc.<sup>270</sup>

Nessa toada, uma pena extremamente baixa pode ser inadequada para oferecer a eficiente tutela ao bem jurídico, não sendo apropriada à prossecução dos interesses públicos, de modo a não cooperar com o fomento do fim pretendido<sup>271</sup>. Tal situação malferir o princípio da proibição da proteção deficiente, não passando pelo teste da adequação.

---

<sup>268</sup>FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: A Constituição Penal*, 2ª Edição, Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 954.

<sup>269</sup>FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: A Constituição Penal*, 2ª Edição, Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 909.

<sup>270</sup>GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, Volume 1, 21ª Edição, Editora Impetus, Rio de Janeiro, 2019, p. 128.

<sup>271</sup>GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003, p. 140.

No que tange à proporcionalidade entre os delitos e as penas deve existir sempre uma medida de justo equilíbrio entre a gravidade do fato ilícito tipificado e a sua respectiva sanção. Deve haver uma otimização das possibilidades jurídicas ao nível da criminalização primária e da criminalização secundária, destacadamente na proporcionalidade da pena em relação à proteção dos bens jurídicos<sup>272</sup>.

Na argumentação processual constitucional, dada a efetividade que devem ter os direitos fundamentais, cabe ao poder legislativo prover os argumentos e provas dos fatos nos quais se baseia, que demonstrem a licitude constitucional de atos que envolvam a restrição direitos fundamentais, como resposta a condutas tidas por reprováveis. Doutra parte, esses critérios indispensáveis não podem justificar uma proteção juspenal ausente ou deficitária a esses mesmos direitos, do ponto de vista da sociedade. A utilização do princípio da Proporcionalidade e de seus subprincípios corresponde, portanto, à garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais<sup>273</sup>.

Por meio da vedação ao excesso, estabelece-se qual é o grau máximo de afetação a um direito fundamental, constitucionalmente permitido ao legislador ou a outra autoridade reguladora, para além do qual o princípio da Proporcionalidade pode levar o caso à jurisdição constitucional, a fim de controlar o ato não afiliado aos limites rígidos das normas constitucionais. Isso, no entanto, não pode conduzir ao deboche a decisão judicial e a própria jurisdição. A avaliação, de acordo com cada caso específico, requer o fortalecimento dos argumentos dos tribunais, para tentar alcançar a correção de suas decisões e harmonizar os interesses em jogo, ao revés de se abandonarem a um “nihilismo legal”. Portanto, a aplicação da Proporcionalidade é necessária para resolver confrontos entre normas jurídicas aparentemente contraditórias<sup>274</sup>.

Com efeito, impende gizar que com a inserção de um amplo catálogo de direitos fundamentais nas constituições modernas, aumenta significativamente a possibilidade de ocorrer colisões entre estes direitos, sendo imprescindível a utilização da proporcionalidade na resolução destes conflitos. Nessa toada, é de bom alvitre registrar que não existem direitos absolutos, sendo assim necessário a restrição de direitos fundamentais quando isso for preciso para a solução de colisões. Para Virgílio Afonso da Silva, essa possibilidade de restringibilidade

---

<sup>272</sup>SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*, 5ª Edição, Conceito Editorial, Florianópolis, 2012, p. 27.

<sup>273</sup>GIL, Rubén Sánchez. *El principio de proporcionalidad*, Primera edición, Universidad Autónoma de México, México, 2007, p. 124.

<sup>274</sup>GIL, Rubén Sánchez. *El principio de proporcionalidad*, Primera edición, Universidad Autónoma de México, México, 2007, p. 124.

de todos os direitos fundamentais não significa uma diminuição do grau de proteção desses direitos, muito pelo contrário, exige uma esmerada fundamentação constitucional de modo a impor um ônus argumentativo ao legislador e ao juiz<sup>275</sup>.

Noutro giro, de acordo com Laura Clérico, o mandamento de proibição por insuficiência ou omissão não pode ser reduzido ao mandamento de proibição por excesso, já que as regras de adequação e do meio alternativo requerem ser modificadas<sup>276</sup>. Ultrapassados os exames da necessidade e da adequação, a verificação da justa medida restritiva adotada em uma determinada situação, deve-se realizar um juízo de ponderação. Canotilho assevera que a proporcionalidade em sentido estrito trata-se de uma questão de “medida” ou “desmedida” para se atingir um fim, sopesando as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim<sup>277</sup>. Este juízo no âmbito do direito penal é ainda mais sensível tendo em vista o seu caráter de *ultima ratio* no ordenamento jurídico.

A discussão em torno das funções e limites do Direito Penal, num Estado Democrático e Social de Direito, é complexa e passa, inquestionavelmente, pela própria reavaliação da concepção de bem jurídico, assim como por seu devido dimensionamento à luz da realidade fática e normativa constitucional, o que, por sua vez, remete à problemática dos deveres de proteção do Estado na esfera dos direitos fundamentais e aos contornos possíveis de uma teoria garantista do Estado, da Constituição e do Direito Penal<sup>278</sup>. Fato é que os parâmetros constitucionais, com base na otimização dos direitos fundamentais, que justificam o controle jurisdicional, no Brasil, também têm motivação material de atos de autoridade, de modo que aplicando o critério da proporcionalidade, tal controle não redunde em usurpação das atribuições constitucionais de poder estritamente políticas, mas, na garantia de conformidade com os limites para o desempenho dos órgãos do poder. Por outro lado, para tanto, é necessário, sem dúvida, avaliar cuidadosamente a complexidade atual do sistema legal e da vida social a que tal controle se refere<sup>279</sup>.

---

<sup>275</sup>AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2ª Edição, 4ª tiragem, Malheiros Editores, 2017, p. 253.

<sup>276</sup>CLERICO, Laura. *El Examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto*. In CARBONELL, Miguel. Coordinador. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Editora Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 128.

<sup>277</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4ª Edição, Coimbra, Editora Almedina, 1998, p. 269.

<sup>278</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 60-122, 2004.

<sup>279</sup>GIL, Rubén Sánchez. *El principio de proporcionalidad*, Primera edición, Universidad Autónoma de México, México, 2007, p. 124.

Maria Fernanda Palma pontua existir uma imposição ao legislador de realizar uma filtragem do comportamento típico por sentidos socialmente vigentes. Continua obtemperando que a proibição de atividades de risco, imprescindíveis ou pelo menos toleradas na vida social, reclama que sejam ultrapassados patamares em que o risco de lesão de bens jurídicos se torna proporcionalmente mais pesado do que os benefícios da própria liberdade de ação para o agente ou para terceiros<sup>280</sup>. Como bem pontuado por Thomas Hobbes, ao discorrer acerca dos elementos da verdadeira liberdade, devem ser considerados quais direitos cedemos quando construímos um Estado, na medida em que em que negamos uma parcela significativa de liberdade a nós mesmos em decorrência de nosso ato de submissão que coexiste com nossas obrigações<sup>281</sup>.

Nessa esteira, a legitimidade do direito de punir estatal apela à utilização do Direito Penal para proteger os bens essenciais à existência da sociedade, definidos pela sua substancialidade valorativa e pela sua existência interindividual, de modo que, onde estejam em causa bens com relevância social externa, atinentes aos valores da sociedade em geral, é que o Direito Penal pode, legitimamente, intervir. Segundo Palma, essa legitimidade é extraída de duas linhas de pensamento, uma de cunho jurídico e outra de cunho sociopolítico, as quais, todavia, unem-se em torno do compromisso que consiste em inscrever na Constituição de um Estado Democrático de Direito, como sua finalidade precípua, a máxima realização das liberdades individuais e do desenvolvimento pessoal de cada qual, com a mínima de restrição possível da liberdade geral, utilizando a perspectiva comunitária para atingir o bem último do liberalismo político e tornando fim coletivo a promoção de autonomia de cada membro da sociedade<sup>282</sup>.

No que tange à criação de novas incriminações, a maioria qualificada realiza um aprofundamento do controle democrático, ao tratar das restrições às liberdades individuais, mas não se pode ignorar que mesmo o consenso democrático não pode servir de blindagem ao controle de constitucionalidade das leis penais, em face dos valores consagrados na Constituição, pelo Estado-juiz. É que a Constituição impõe a necessidade de punir, mas não especifica os critérios da própria necessidade, cabendo a necessária ponderação entre o direito

---

<sup>280</sup>PALMA, Maria Fernanda. *Direito Penal, Parte Geral, A teoria geral da infração como teoria da decisão penal*, 3ª Edição, Editora AAFDL, 2017, p. 99.

<sup>281</sup>HOBBS, Thomas. *Leviatã*, Tradução de Daniel Moreira Miranda, Edipro, 2015, p. 197.

<sup>282</sup>PALMA, Maria Fernanda. *Constituição e Direito Penal: As questões inevitáveis in Casos e Materiais de Direito Penal*, Maria Fernanda Palma, Carlota Pizarro de Almeida e José Manuel Vilalonga, Coimbra, Editora Almedina, 2002, pp. 22-25.

a segurança e a necessidade da pena<sup>283</sup>, pois, se o direito penal de um Estado Social se legitima somente enquanto protege a sociedade, perderá sua justificação quando sua intervenção se demonstrar inútil, por ser incapaz de servir para evitar delitos. O princípio da necessidade conduz, pois, a uma exigência de utilidade<sup>284</sup>. Já a adequação advém da proporcionalidade estrita, isto é, da propriedade da norma para, sem excesso e sem deficiência, servir aos desideratos do Direito Penal.

Quanto à vedação à proteção insuficiente, tão importante quanto a proibição de excesso para o alcance de uma proporcionalidade material, mas, ainda assim, por longo tempo carente da merecida atenção, Santiago Mir Puig esclarece que existem certas experiências históricas e presentes em que se evidencia um aumento da delinquência, quando se diminui de forma manifesta a intervenção do Direito Penal: são os momentos de caos político, em que o Estado perde o controle da ordem pública, guerras, revoluções, situações em que o Estado garante a impunidade de certos delitos — como aconteceu na Alemanha nazista e como ocorre com a tolerância às chamadas polícias paralelas. Entretanto, demonstrado que uma determinada reação penal é inútil para cumprir seu objetivo protetor, ela deve, por óbvio, desaparecer, ainda para dar lugar a outra, mais leve. Assim, ocorre, por exemplo, com a supressão da pena de morte, situação em que importantes estudos têm demonstrado que sua eliminação não foi determinante para a observância de um aumento nos delitos que a tinham como sanção. Conclui-se, por conseguinte, que, mais importante que a gravidade do castigo é a segurança de que se imporá com alguma pena<sup>285</sup>. Dito de outro modo, a inegável relevância do respeito à vedação à proteção deficiente não redundará em que se busque, necessariamente, impingir aos delitos incriminações mais severas, mas, sim, em que se busque dar, sobretudo aos delitos que vulneram bens jurídicos mais relevantes, respostas penais mais efetivas.

Nem sempre é simples estabelecer os termos exatos desta proteção, mas também assim não o é estabelecer os termos exatos do excesso, porquanto a avaliação das circunstâncias fático-sociais deve ser realizada de maneira científica, levando em conta aspectos e dados concretos que conduzam o legislador a uma decisão pautada pelo equilíbrio inerente à proporcionalidade. Em caso de inobservância de tais premissas, fica sujeito ao controle de

---

<sup>283</sup>PALMA, Maria Fernanda. *Constituição e Direito Penal: As questões inevitáveis in Casos e Materiais de Direito Penal*, (ob. cit.), pp. 24-27

<sup>284</sup>MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1984, p. 72.

<sup>285</sup>MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1984, p. 73.



constitucionalidade pelo Poder Judiciário, que deverá zelar pelo efetivo respeito aos direitos fundamentais insculpidos na Constituição.

Certo é que são razões de política criminal que decidem acerca da incriminação ou não incriminação de certos fatos, cuja qualificação parece de duvidosa vantagem<sup>286</sup>. Entretanto, um Estado Democrático e Social de Direito, somente deverá amparar como bens jurídicos condições fundamentais da vida social, na medida em que afetem as possibilidades de participação dos indivíduos no sistema social<sup>287</sup>. Por outro lado, uma vez eleitos tais bens, sobretudo se a partir de mandados constitucionais de criminalização, paralela à vedação de excesso, que subsiste, o dever de proteção suficiente emerge. A ideia de proporcionalidade tem, portanto, como base precípua, a noção geral que alude a uma relação harmônica entre objetos diferentes, muitas vezes contrapostos, em uma determinada situação.

Diante do cenário de violência já destacado no presente trabalho, com a consequente crise de insegurança que acomete a realização de inúmeros direitos fundamentais, o Estado tem de repensar os meios de enfrentamento do complexo fenômeno da criminalidade, partindo do pressuposto inexorável de que é sua prerrogativa — e, ao mesmo tempo, seu dever — prover proteção em face de agressão ou perigo a direitos fundamentais dos seres humanos, ocasionada pelo comportamento de outros seres humanos. Logicamente não se está a defender, aqui, que a sensação de medo seja o fator a nortear de medidas legislativas repressivas inconstitucionais que não observem os direitos fundamentais mais elementares de um Estado de Direito. Entretanto, um dos principais objetivos da jurisdição constitucional é assegurar a efetiva tutela dos direitos fundamentais e, para atingir tal desiderato, a proporcionalidade não pode ser considerada somente sob o prisma exclusivo da proibição de excesso.

Das lições de Beccaria se extrai que é preferível prevenir os delitos a ter de puni-los, e que todo legislador sábio deve, antes, procurar impedir o mal do que repará-lo, pois “uma boa legislação não é mais do que a arte de proporcionar aos homens a maior soma de bem-estar possível e livrá-los de todos os pesares que se lhes possam causar, conforme o cálculo dos bens e dos males desta existência”<sup>288</sup>. A psicologia ensina que o homem age tendo em mira resultados que lhe dão prazer, nisso consistindo o poder do apetite dos homens. Assim, quando alguém pratica um fato ilícito, esse alguém o faz visando a satisfação de uma certa necessidade ou desejo. Desse modo, e porque o que ao legislador e à sociedade interessa, em última análise, é

---

<sup>286</sup>CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, Volume I, Livraria Almedina, Coimbra, 1993, p. 8.

<sup>287</sup>MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1984, p. 76.

<sup>288</sup>BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*, Tradução Torrieri Guimarães, 6ª Edição, Editora Martin Claret, São Paulo, 2018, p. 94.

que não sejam cometidos crimes, a pena tem de atuar psicologicamente, não apenas sobre os indivíduos, de modo particularizado, mas também sobre a generalidade dos cidadãos. Tal atuação traduz o mecanismo da prevenção geral, agudamente traçado por Feuerbach, o qual pode ser levado a efeito por duas vias: mediante a ameaça de uma punição que contenha um sofrimento maior que o prazer que, para a generalidade das pessoas, possa estar ligado a prática do fato proibido; e mediante a execução efetiva da ameaça quando o crime tiver lugar, proporcionando intimidação da generalidade pelo receio do sofrimento imposto ao delinquente que se não deixou intimidar pela ameaça.<sup>289</sup>

Para Eduardo Correia o raciocínio acerca da prevenção especial se assenta na ideia de que o crime tem na sua base certas tendências da personalidade do infrator, de tal sorte que o que, em primeira linha, interessa é a atuação direta da execução da sanção na personalidade do criminoso. A pena tem a função única de defender a sociedade de elementos que perturbam a sua orgânica e entende-se, materialmente, como meio de segregar ou eliminar indivíduos perigosos e incorrigíveis ou de tratar e corrigir os corrigíveis.<sup>290</sup> Com efeito, embora tais palavras ressoem de extrema dureza, é consabido que a edição de diplomas normativos que dificultam a manutenção dos infratores da lei no cárcere vem crescendo nos últimos anos, na contramão do aumento da criminalidade. Assim, as medidas descarcerizantes devem vir acompanhadas de argumentos e provas que demonstrem não redundarem desfiguração do sentido que o constituinte pretendeu atribuir aos direitos fundamentais, atuação vedada ao legislador, no exercício de sua liberdade de conformação.

Em conclusão, a Constituição, no Estado Democrático e Social de Direito, contém não somente os princípios fundamentais de defesa do indivíduo face ao poder estatal, mas, também, deve estar preocupada com a defesa ativa do indivíduo e da sociedade, servindo de manto protetor dos valores fundamentais consagrados nos preceitos constitucionais contra ataques do Estado e de particulares. No dizer de Sarlet, os direitos fundamentais passaram a se apresentar, no âmbito da ordem constitucional, como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva do poderes públicos, e não apenas garantias negativas dos interesses individuais, limitados a direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos estatais<sup>291</sup>. Assim, a omissão ou insuficiência quanto à tipificação penal de determinadas condutas pode dar ensejo

---

<sup>289</sup>CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, Volume I, Livraria Almedina, Coimbra, 1993, pp. 47-48.

<sup>290</sup>CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*, Volume I, Livraria Almedina, Coimbra, 1993, p. 49.

<sup>291</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 60-122, 2004.

à violação de direitos fundamentais, sendo evidente que a ausência de atuação por certo será passível de ter a legitimidade aferida pelo prisma da proporcionalidade, o qual não se esgota na vertente da proibição de excesso, uma vez que cabe ao Estado a missão inarredável de proteger de forma eficaz o bem jurídico violado ou ameaçado de violação, contexto em que se reconhece não só a existência como a importância do princípio da Proibição de Proteção Deficiente.

## **Considerações Finais**

Ante o exposto na presente obra, infere-se que liberdade de conformação do legislador encontra limites e balizas nos direitos fundamentais positivados no texto constitucional, devendo se buscar um equilíbrio entre o princípio democrático e o controle de constitucionalidade. Nessa linha, cumpre destacar que a força normativa da Constituição impõe a necessidade da salvaguarda dos direitos fundamentais e a aplicação do princípio da Proporcionalidade assume, então, especial importância no controle de constitucionalidade, devendo o Tribunal Constitucional avaliar se a atuação do legislador na eleição dos bens jurídico-penais e fixação da correspondente reprimenda penal não ultrapassou as amplas margens que lhe são conferidas pela própria Constituição.

Ora, restou assentado que a concepção de Estado de Direito evoluiu da base ideológica liberal original, forjada sob a perspectiva da necessidade de uma atuação negativa do Estado, estando hoje sedimentado o Estado Democrático e Social de Direito fundado na busca de mecanismos capazes de efetivar a justiça material com a conseqüente concretização dos direitos fundamentais que assegurem uma existência digna. A redescoberta da tradicional tarefa do Estado de garantia da segurança, à luz desta nova concepção, traz ínsita uma imposição constitucional de proteção ativa e dinâmica dos direitos fundamentais, diferentemente da orientação pregada pelo liberalismo, que era basicamente empenhada no controle e redução do potencial lesivo das intervenções estatais.

A outrora quase que exclusiva preocupação em limitar a atividade do legislador com a utilização do princípio da Proporcionalidade na sua vertente da proibição de excesso, era explicada pela possibilidade da intervenção penal ser abusiva, e, em sendo assim, atingir outros direitos fundamentais constitucionalmente protegidos. Portanto, o contexto da época do liberalismo foi permeado pela necessidade de restringir a atividade estatal limitadora de direitos fundamentais individuais. Todavia, com a evolução da concepção de Estado e o avanço do constitucionalismo, outros direitos, destacadamente de caráter coletivo e difuso, também são tidos como fundamentais, assumindo relevância no ordenamento jurídico, eis que de interesse de toda a sociedade. As funções dos direitos fundamentais não mais se limitam à condição de direitos em face do Estado, mas também de direitos através do Estado.

Assim, na seara do Direito Penal, a velha visão monocular do garantismo penal negativo vem sendo reavaliada, na medida em que o Estado tem o dever de proteger o indivíduo, titular de um direito fundamental, da intervenção indevida de terceiros, aí incluídas agressões

provenientes de condutas delitivas, com a necessidade de garantir à sociedade o direito fundamental à segurança — necessário para a fruição de inúmeros outros direitos fundamentais, ainda mais no contexto fático-social brasileiro —, o que perpassa pelo reconhecimento e aplicação do princípio da Proporcionalidade em sua vertente da proibição de proteção deficiente. Com efeito, o cumprimento de um dever de proteção imposto pela lei fundamental ao Estado, na esfera do Direito Penal, traduz a ideia de um garantismo positivo, que proíbe o Estado de não criminalizar determinadas condutas lesivas a direitos fundamentais.

É de bom alvitre registrar que não se nega a importância da aplicação do princípio da Proporcionalidade em sua dimensão da proibição de excesso, necessário, sem dúvida, sobretudo ante o histórico de abusos estatais que passaram a ser reconhecidos e combatidos em todo o mundo moderno e notadamente quando o que se está em jogo é a restrição do direito fundamental à liberdade individual, porém a restrição a inúmeros outros direitos fundamentais também pode decorrer diretamente da insuficiência dos diplomas normativos em inibir a prática de crimes de extrema gravidade, que afetam toda a sociedade.

A compreensão de que a lei somente deve restringir direitos, garantias e liberdades nas hipóteses previstas na Constituição vem alicerçada no reconhecimento de que não existem direitos fundamentais absolutos, sendo por conseguinte restringíveis quando em colisão. A proporcionalidade surge exatamente como instrumento metodológico a ser utilizado na resolução dessas colisões entre direitos fundamentais, reforçando a integridade do sistema normativo, na medida em que a restrição de uma liberdade exige uma ofensa a outra liberdade de igual ou maior relevância.

Na medida em que a proporcionalidade se revela como um princípio que confere integridade ao ordenamento jurídico, seu exame deve ser realizado em sua dupla dimensão, de modo a atender as exigências da proibição de excesso e da proibição de proteção deficiente, não de maneira isolada, mas sim numa relação de interseção e equilíbrio, notadamente nas situações que ensejam um controle da aplicação de deveres de proteção, uma vez estar presente o potencial de afetação de bens de terceiros. O princípio da Proporcionalidade deve ser apreendido de tal maneira, que consiga estimular o Estado a equilibrar o seu agir, evitando excessos e insuficiências — ambos violadores em potencial do princípio — na persecução dos seus objetivos.

O fato é que diante do adensamento da incerteza proporcionado pelos novos riscos da era tecnológica que aumentam a sensação de insegurança, além dos velhos perigos que justificaram a própria criação do Estado Moderno, o poder público tem de enfrentar estes

desafios de forma perene e eficiente, sob pena de permitir a erosão de sua própria legitimidade. Diante do que, muitas vezes, a norma que dispõe sobre tipos penais configura legítima opção política de resguardar, de maneira mais eficaz, os bens jurídicos tutelados, havendo, por conseguinte, inequívoco interesse social na criminalização da conduta. Nesta senda, a atividade jurisdicional, no exercício do controle de proporcionalidade das leis, necessita demonstrar cautela, a fim de não deixar descoberto, a pretexto de evitar o excesso, o direito da coletividade a normas penais eficazes, sob pena de resguardar a proporcionalidade em um de seus aspectos e violá-la no outro, ao configurar proteção deficitária.

Ao eleger os bens jurídicos com dignidade penal, que merecem as reprimendas da sanção penal, o legislador deve estar atento ao contexto fático-social. Dada a relevância deste aspecto, destacamos o cenário caótico marcado pela vertiginosa escalada da violência em que se encontra imersa a sociedade brasileira. Diante dessa penosa realidade social, é que se afigura imprescindível que se repensem as formas de elaboração e aplicação das normas, de modo a garantir aos bens jurídicos mais relevantes a devida proteção. Com essa perspectiva, a Constituição brasileira foi lapidada com o enfoque de transformação da realidade social, na medida em que foi concebida como um sistema aberto de valores, dinâmico frente às necessidades da sociedade, especialmente frente à imperiosa necessidade de se buscar a pacificação social através de instrumentos de combate a criminalidade em âmbito legislativo, administrativo e governamental em geral. Logicamente não se está a defender que a sensação de medo seja fator a nortear a edição de medidas legislativas repressivas inconstitucionais que não observem os direitos fundamentais mais elementares de um Estado de Direito, mas sim que sejam devidamente valorados pelo legislador no processo seletivo dos bens jurídico-penais a realidade manifesta de insegurança e os vetores que contribuem diretamente para tal situação.

Nessa esteira, tanto a declaração quanto a não declaração de inconstitucionalidade de uma norma incriminadora podem, a depender do caso, consubstanciar verdadeiras violações à proporcionalidade, em sua vertente da proibição de proteção deficiente, se com isso se deixar de atender ao mínimo de proteção que a Constituição garante ao bem jurídico em tela. E isto se torna ainda mais evidente ao se estar diante de mandados constitucionais de criminalização, dada a redução da liberdade de atuação e a necessidade de conformação que impõem ao legislador, bem como, no mesmo sentido, o limite e esteio implícitos que representam para a jurisdição constitucional.

Portanto, infere-se que o equilíbrio e a moderação, próprios do princípio da Proporcionalidade, reclamam o reconhecimento e consequente aplicação da proibição de

proteção deficiente, juntamente com a proibição de excesso, sobretudo no âmbito do controle de constitucionalidade das leis penais, de modo a promover um contraste capaz de estabelecer os mecanismos adequados para a proteção dos bens jurídicos constitucionalmente albergados, para que o legislador não privilegie uma ao ponto de sacrificar inteiramente a outra. Servem, pois, de balizas para aferir se é legítimo invadir a esfera de liberdade individual em prol dessa proteção, ou, se por outro lado, é razoável, em certa medida, deixar de proteger. Assim, conclui-se que o objetivo principal do Estado Democrático e Social de Direito é a proteção e a tutela dos direitos fundamentais, que não é restrita à não intervenção estatal desmesurada ou irrazoável, decorrente da proibição de excesso, mas inclui, outrossim, o dever de promover e de proteger direitos, decorrente da proibição de proteção deficiente.

## BIBLIOGRAFIA

- AFONSO DA SILVA, Virgílio. **Direitos Fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia**, 2ª Edição, 4ª tiragem, Malheiros Editores, 2017.
- AFONSO DA SILVA, Virgílio. **O Proporcional e o Razoável**, Revista dos Tribunais 798, 2002.
- AGUILAR, Francisco. **Amnistia e Constituição**, Editora Almedina, 2004.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, Tradução de Virgílio Afonso da Silva, Editora Malheiros, São Paulo, 2015.
- ALMEIDA DE MORAES, Alexandre Rocha. **A Teoria dos Mandados de Criminalização e o Combate Efetivo à Corrupção**, Revista Jurídica Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, Volume 5, 2014, 43-68.
- ALVES CORREIA, Fernando Alves. **Justiça Constitucional**, Editora Almedina, Coimbra, 2016.
- ANDRADA, Bonifácio. **Controle Judicial de Constitucionalidade**, Juruá Editora, Curitiba, 2016.
- ANDRADE, Vinícius Lúcio. **Direito Fundamental à Segurança Pública: Fraternidade, Participação e Efetividade**. In: ORBIS: Revista Científica, volume 4, nº 1, 2014.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. **Historias de los pensamientos criminológicos**, Tradução de Sérgio Lamarão, Editora Revan, Rio de Janeiro, 2008.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, Editora Malheiros, São Paulo, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, Editora Saraiva, São Paulo, 7ª Edição, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, Editora Saraiva, São Paulo, 2004.
- BEARD, Charles A. **The Supreme Court and Constitution**, Cornell Law Library, New York, 1912.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**, Tradução Torrieri Guimarães, 6ª Edição, Editora Martin Claret, São Paulo, 2018.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**, Parte Geral, Volume 1, 6ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2000.



BITENCOURT, Cezar Roberto. **Aplicação da Súmula 608 do STF no Estupro: posição favorável**, 2017. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/aplicacao-da-su-mula-608-do-stf-no-estupro-posicao-favoravel/17876>>. Acesso em 04 de maio de 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 24ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo, 2009.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**, 7ª Edição, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2014.

BOZOLA, Túlio Arantes. **Os Crimes de Perigo Abstrato no Direito Penal Contemporâneo**, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2015.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**, Baden-Baden, Nomos, 1993.

CALABRICH, Bruno e outros (ORG.). **Garantismo Penal Integral: questões processuais e penais, criminalidade organizada e aplicação do modelo garantista no Brasil**, 4ª Edição, Verbo Jurídico Editora, Porto Alegre, 2017.

CAMPOS, Lidiany Mendes e SANTOS, Nivaldo dos. **O Crime Organizado e as prisões no Brasil**. Disponível em: <[https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/60/O%20Crime%20Organizado%20e%20as%20pris%C3%83%C2%B5es%20no%20Brasil\(1\).pdf](https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/60/O%20Crime%20Organizado%20e%20as%20pris%C3%83%C2%B5es%20no%20Brasil(1).pdf)>. Acesso em 03 de outubro de 2018.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**, Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Editora Almedina, Coimbra, 2003.

CANAS, Vitalino José Ferreira Prova. **O princípio da proibição do excesso: em especial, na conformação e no controlo de atos legislativos**, Tese elaborada para obtenção do grau de Doutor em Direito, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 4ª Edição, Coimbra, Editora Almedina, 1998.

CARBONELL, Miguel. **El principio de proporcionalidade y la interpretación constitucional**, Ministerio da Justicia y Derechos Humanos, Quito, Ecuador, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. **A Morte do Direito**, Tradução Hiltomar Martins Oliveira, Editora Líder, Belo Horizonte, 2003.

CLERICO, Laura. **El Examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto**, in CARBONELL, Miguel. Coordinador. **El principio de**

proporcionalidad y La interpretación constitucional. Editora Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de Neoconstitucionalismo**, in Miguel Carbonell, Neoconstitucionalismo, 3ª Edição, Trotta, Madrid, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, 12ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2019.

CONDE, Francisco Muñoz y ARÁN, Mercedes García. **Derecho Penal – Parte general**, 2ª Edición, revisada y puesta al día conforme al Código Penal de 1995, Editora Tirant ló Blanch Libros, Valencia, 1996.

CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**, Volume I, Livraria Almedina, Coimbra, 1993.

COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de direito penal**, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2015.

COUTINHO, Luís Pereira. **As Duas Subtracções – Esboço de uma Reconstrução da Separação entre as Funções de Legislar e de Administrar**, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2000, pp. 99-133.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 19ª Edição, Malheiros Editores, 2001.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**, Parte Geral, 6ª Edição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2018.

DUARTE, Maércio Falcão. **Evolução histórica do Direito Penal**, Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 4, n. 34, 1 ago. 1999.

D'URSO, Flávia. **Princípio da Proporcionalidade no Processo Penal**, Editora Atlas, São Paulo, 2007.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**, Tradução de J. Baptista Machado, 11ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2014.

FABRETTI, Humberto Barrinuevo. **Segurança Pública: Fundamentos Jurídicos para uma Abordagem Constitucional**, São Paulo, Editora Atlas, 2014.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal: A Constituição Penal**, 2ª Edição, Livraria do Advogado Editora, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: teoría del garantismo penal**, 4ª Edição, Editora Trotta, Madrid, 2000.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas Básicos da Doutrina Penal**, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Processual Penal**, volume 1, Coimbra Editora, Coimbra, 1974.

FISCHER, Douglas. **Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009.

FOLETTTO, Mathias. **A Proporcionalidade no Direito Penal e Processual Penal**, Editora Habitus, Florianópolis, 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da prisão**, tradução de Raquel Ramalhete, 42ª Edição, Editora Vozes, Rio de Janeiro, 2017.

GICO JÚNIOR, Ivo T. **Economic Analysis of Law Review**, Universidade Católica de Brasília – UCB, EALR, V. 1, nº 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010.

GIL, Rubén Sánchez. **El principio de proporcionalidad**, Universidad Autónoma de México, México, Primera edición, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal**, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

MAGALHÃES GOMES, Mariângela Gama de. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2003.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**, 7ª Edição, Editora Impetus, Rio de Janeiro, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, Volume 1, 21ª Edição, Editora Impetus, Rio de Janeiro, 2019.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James e JAY, John. **O Federalista**, Tradução de Hiltomar Martins Oliveira, Editora Líder, Belo Horizonte, 2003.

HESSE, Konrad. **Temas de Direito Constitucional: A Força Normativa da Constituição**, Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Saraiva, São Paulo, 2013.

HESPANHA, António Manuel. **As fronteiras do poder. O mundo dos rústicos**, Revista Sequência, nº 51, p. 47-105, dez. 2005.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**, Tradução de Daniel Moreira Miranda, Edipro, 2015.

HUNGRIA, Nelson e DOTTI, René Ariel. **Comentários ao Código Penal**, Volume 1, Tomo2, 7ª Edição, Editora GZ, Rio de Janeiro, 2016.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**, Parte Geral, 23ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1999.

JUNQUEIRA, Gustavo e VANZOLINI, Patrícia. **Manual de Direito Penal**, Parte Geral, 4ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2018.

KAUFMANN, Arthur e HASSEMER, W. (ORG.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**, Tradução de Marcos Kell e Manuel Seca de Oliveira, 3ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, Tradução João Baptista Machado, Livraria Martins Fontes Editora, São Paulo, 2003. Título original: REINE RECHTSLEHRE. Hans Kelsen Institute. Viena. Verlag Franz: Deuticke. Viena, 1960.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**, tradução de Alexandre Krug, Livraria Martins Fontes Editora, São Paulo, 2003.

KOSELLECK, Reinhart. **Crítica e crise: uma contribuição à patogênese do mundo burguês**, Tradução de Luciana Villas-Boas, Editora Contraponto, Rio de Janeiro, 1999.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**, Tradução de José Lamago, 7ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2014.

LEVORIN, Marco Polo. **Princípio da Proporcionalidade Penal: Decorrencia Lógica dos Direitos Humanos**, Paco Editorial, São Paulo, 2016.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade**. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/93276/Maciel%20Adhemar.pdf>>. Acesso em 26 de setembro de 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel e SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**, 7ª Edição, Editora Método, São Paulo, 2018.

MASSON, Cleber e MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**, 4ª Edição, Editora Método, 2018.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 6ª Edição, Editora Malheiros, São Paulo, 1997.

MELO FILHO, João Aurino de. **Modelos de controle de constitucionalidade no direito comparado**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11158/modelos-de-controle-de-constitucionalidade-no-direito-comparado/2>>. Acesso em 26 de setembro de 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**, 4ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 10ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**, Revista Jurídica Virtual, Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal, Parte General**, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1984.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Direitos Fundamentais, Tomo IV, Coimbra Editora, Coimbra, 5ª Edição, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Constitucional**, Volume 1, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2016.

MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Constitucional**, Volume 2, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos Humanos versus Segurança Pública**, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2016.

PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2004.

PACHECO, Denilson Feitoza. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Processual Penal Brasileiro**, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007.

PALMA, Maria Fernanda. **Direito Penal**, Parte Geral, A teoria geral da infração como teoria da decisão penal, 3ª Edição, Editora AAFDL, 2017.

PALMA, Maria Fernanda. **Constituição e Direito Penal: As questões inevitáveis in Casos e Materiais de Direito Penal**, Coimbra, Editora Almedina, 2002.

PEDRA, Anderson Sant'ana. **O Controle da Proporcionalidade dos Atos Legislativos, A Hermenêutica Constitucional como Instrumento**, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2006.

PEREIRA, Flávio Cardoso. **Crime Organizado e sua infiltração nas instituições governamentais**, 2ª Edição, 2017, Fórum Conhecimento Jurídico, Belo Horizonte.

PENALVA, Ernesto Pedraz. **Constitución, Jurisdicción y Proceso**, Madrid, Akal, 1990.

PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes eleitorais**, Editora Saraiva, São Paulo, 2008.

PORFÍRIO, Georgia Bajer Fernandes de Freitas. **A Tutela da Liberdade no Processo Penal**. Editora Malheiros, São Paulo, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, Volume I, Parte Geral, 15ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017.

PRADO, Luiz Regis e CARVALHO, Érika Mendes. **Delito político e terrorismo: uma aproximação conceitual**. Disponível em:

<<http://www.professorregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/Delito%20pol%EDti co%20e%20terrorismo.pdf>>. Acesso em: 06 maio de 2019.

PULIDO, Carlos Bernal. **El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales**, Prólogo de José Luis Cascajo Castro, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

QUINTELA DE BRITO, Teresa. **O princípio da legalidade como parâmetro de interpretação das normas penais na doutrina portuguesa** in Anatomia do Crime, Revista de Ciências Jurídico-Criminais – nº 8, julho-dezembro de 2018 semestral, editora Almedina.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**, Tradução de Carlos Pinto Correia, Editorial Presença, 1971.

RIPOLLÈS, José Luis Díez. **A Racionalidade das Leis Penais: Teoria e Prática**, Tradução de Luiz Regis Prado, 2ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.

ROBINSON, Jeffrey. **A Globalização do Crime**, Tradução Ricardo Inojosa, Ediouro, Rio de Janeiro 2001.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A Determinação da Medida da Pena Privativa de Liberdade**, Coimbra, 1995.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**, Tradução de Edson Bini, 1ª Edição, Edipro, São Paulo, 2000.

ROXIN, Claus, **Política criminal y sistema Del derecho penal**, traducción e introducción de Francisco Munoz Conde, 2ª Edición, Editora Hammurabi, 2000.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**, 5ª Edição, Conceito Editorial, Florianópolis, 2012.

SAPORI, Luís Flávio. **Segurança Pública no Brasil: Desafios e Perspectivas**, 5º reimpressão, Editora FGV, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência**, Revista Brasileira de Ciências, Criminais, São Paulo, v. 12, n. 47, p. 60-122, 2004.

SCHWABE, Jurgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**, Tradução Beatriz Hennig, Fundação Konrad-Adenauer, Montevideo, 2005.

SILVA, Jorge Pereira da. **Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais**, Editora Universidade Católica, Lisboa, 2015.

SILVA-SÁNCHEZ, Jesús Maria. **La expansion Del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades posindustriales**, 3ª Edição, Madri, Edisofer, 2011.

SMITH, Steven D., COUTINHO, Luís Pereira e LA TORRE, Massimo. **Judicial Activism, na interdisciplinary Approach to the American and European Experiences**, Ius Gentium, volume 44, Springer, 2015.

SOBRINHO JÚNIOR, José Gomes. **Terrorismo e a Leniência Legislativa**, 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/46925/terrorismo-e-a-leniencia-legislativa>>. Acesso em 21 de abril de 2019.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional**, 5ª Edição, Editora Forense, 2018.

STRECK, Lênio Luiz. **A dupla face do Princ. Proporcionalidade e o cabimento de Mandado de Segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal individualista-clássico**. Disponível em: <<https://www.mprs.mp.br/criminal/doutrina/id385.htm>>. Acesso em 05 de abril de 2017.

WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria**, tradução André Telles, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1999.

VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**, 3ª Edição, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, Parte Geral, 4ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

## JURISPRUDÊNCIA

EUA – Caso *Hylton v. United States* – The Supreme Court, The Court and Democracy, Landmark Cases, 1796;

EUA – Caso *Marbury v. Madison* – The Supreme Court, The Court and Democracy, Landmark Cases, 1803;

BRASIL – Supremo Tribunal Federal – MS 32033/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, Data do julgamento: 20/06/2013;

BRASIL – Supremo Tribunal Federal – ADPF nº 33, Relator Ministro Gilmar Mendes, Data do julgamento: 07/12/2005;

BRASIL – Supremo Tribunal Federal – ADPF 45 MC/DF, Relator Ministro Celso de Mello, Data do julgamento: 29/04/2004;

BRASIL – Supremo Tribunal Federal – RE nº 374.981-RS, Relator Ministro Celso de Mello, Data do julgamento: 28/03/2005;

BRASIL – Supremo Tribunal Federal – Medida cautelar em *habeas corpus* 102.094-MC/SC, Ministro Relator Celso de Mello, Data do julgamento: 01/07/2010;

BRASIL – Supremo Tribunal Federal – Questão de ordem na prisão preventiva para extradição 730 Distrito Federal, Relator Ministro Celso de Mello, Data do julgamento: 16/12/2014;

BRASIL – Supremo Tribunal Federal - ADI nº 3112/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Data do julgamento: 02/05/2007;

BRASIL – Supremo Tribunal Federal - HC nº 110248/MS, Relator Ministro Celso de Mello, Data do julgamento: 27/03/2012.



## Sítios Eletrônicos

- [www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)
- [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br)
- [www2.camara.leg.br](http://www2.camara.leg.br)
- [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)
- [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)
- [fase.org.br/pt/informe-se/artigos/estimular-o-medo-para-controlar-a-sociedade/](http://fase.org.br/pt/informe-se/artigos/estimular-o-medo-para-controlar-a-sociedade/).
- [www.opovo.com.br/noticias/fortaleza/2018/08/mais-de-500-pessoas-foram-expulsas-de-casa-por-faccoes-criminosas-nos.html](http://www.opovo.com.br/noticias/fortaleza/2018/08/mais-de-500-pessoas-foram-expulsas-de-casa-por-faccoes-criminosas-nos.html).
- [g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2019/01/17/atos-criminosos-no-ceara-precisam-ser-tipificados-como-terrorismo-diz-o-governador-camilo-santana.ghtml](http://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2019/01/17/atos-criminosos-no-ceara-precisam-ser-tipificados-como-terrorismo-diz-o-governador-camilo-santana.ghtml).
- [fase.org.br/pt/informe-se/artigos/estimular-o-medo-para-controlar-a-sociedade/](http://fase.org.br/pt/informe-se/artigos/estimular-o-medo-para-controlar-a-sociedade/).
- [www.opovo.com.br/noticias/fortaleza/2018/08/mais-de-500-pessoas-foram-expulsas-de-casa-por-faccoes-criminosas-nos.html](http://www.opovo.com.br/noticias/fortaleza/2018/08/mais-de-500-pessoas-foram-expulsas-de-casa-por-faccoes-criminosas-nos.html).
- [www.bbc.com/portuguese/brasil-43309946](http://www.bbc.com/portuguese/brasil-43309946).
- [www1.folha.uol.com.br/fsp/1995/9/03/brasil/22.html](http://www1.folha.uol.com.br/fsp/1995/9/03/brasil/22.html).
- [exame.abril.com.br/revista-exame/menos-violenta-e-mais-prospera/](http://exame.abril.com.br/revista-exame/menos-violenta-e-mais-prospera/).
- [www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio\\_enasp\\_FINAL.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf).